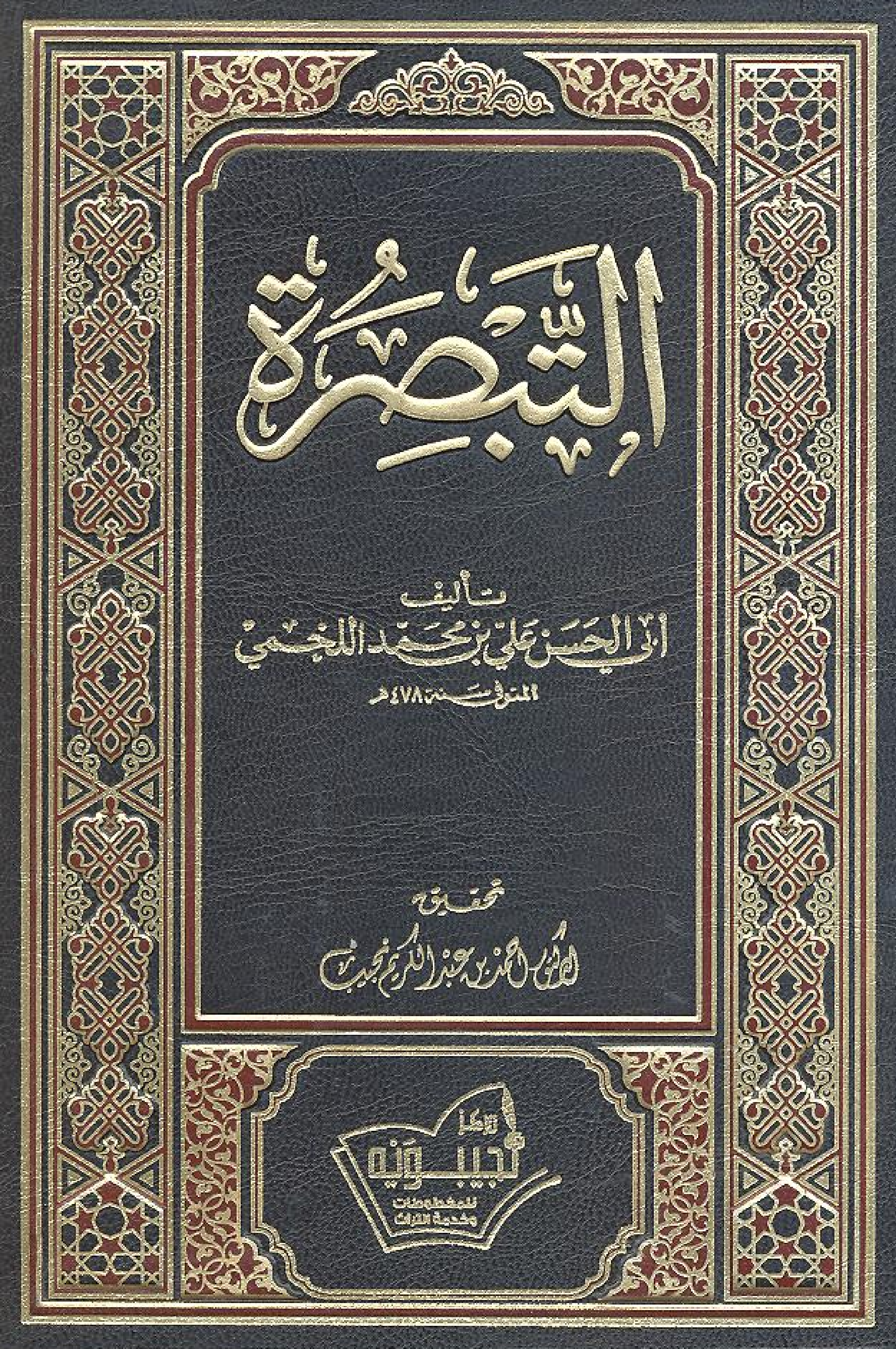
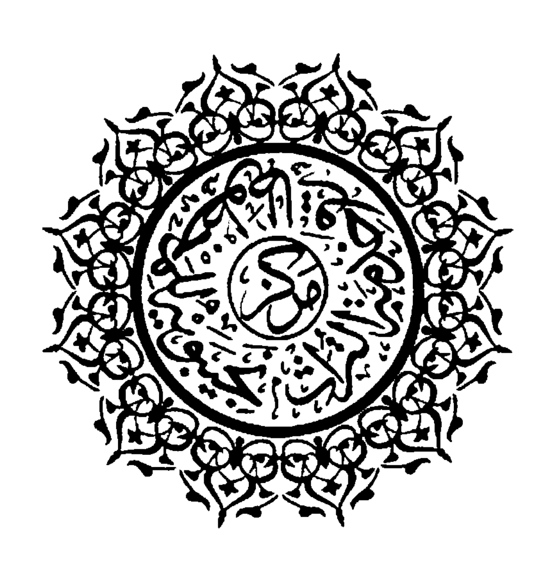
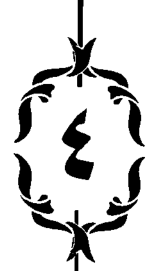


التبصرة
تأليف
أبي الحسن علي بن محمد اللخمي
المتوفى سنة ٤٧٨هـ
تحقيق
الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب
مركز نجيبويه
للمخطوطات
وخدمة التراث




٤


التبصرة

الطبعة الثانية

1433هـ - 2012م

تطلب منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث من:

برج (أ) - وحدة (505)

16 ش ولي العهد – حدائق القبة – القاهرة

جمهورية مصر العربية

Tel: (+20) 224875690 –1115550071

****

APT 22 - ETG 2 - IMM 6 - GH 11

Madinati - Sidi El Bernoussi

Casablanca - Royaume du Maroc

Tel: (+212) 667893030 – 678899909

****

انواكشوط ـ ilotL ـ حي المدارس ـ مقابل المتحف الوطني

الجمهورية الإسلامية الموريتانية

Tel: (+222) 6387373 – 5295911

www.najeebawaih.net

ahmed@najeeb.net



تأليف

أبي الحسن علي بن محمد اللخمي

المتوفى سنة ٤٧٨هـ

تحقيق

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

الأمين العام لرابطة الكتاب والأدباء العرب

من منشورات

مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث

الطبعة الثانية


بسم الله الرحمن الرحيم

أفضل؛ اشترى الآن، وساقه إلى مكة، ولم يؤخره.

وإن كان الهدي الأول خمساً من الغنم أو ستاً، ووجد بثمنهم بدنة؛ اشتراها. وإن كانت الغنم الأُوَل ثمانياً فما فوق؛ لم يستحسن له أن يشتري بدنة إذا كان يجد بالثمن مثل العدد الأول؛ لأن البُدن جعِلت عوضاً عن سبعة، فكان الإتيان بثمان أو بتسع أفضلَ.

وإن نذر عبداً أو داراً؛ بِيعَ وبعث بالثمن، فيشتري به من موضع يرى أنه أصلح، ويبلغ حسب ما تقدم، وإن كان يبلغ ثمن ذلك بدنة[1]، وهو ببلده أصلح؛ اشتراه الآن وبعثه[2].

فصل

[في نذر المعيبة]

وقال أشهب في كتاب محمد، فيمن نذر بدنة بعينها عوراء أو عرجاء: فعليه أن يهديها كما نذر[3]، وإن لم تكن معينة أهدى سليمة، وكذلك إن نوى جذعة من المعز[4]، قال: ألا ترى أن من نذر أن يهدي ابنه: أهدى مكانه ما يجوز أن يهدى[5].

وقال محمد في العتبية: يهدي قيمتها، أو بعيراً[6] مما يجوز.

---

(١) في (ب): (استحسن له ألا يشتري بدنة).

(٢) قوله: (وبعثه) في (ق٥): (وبعث به).

(٣) في (ب): (نذرها).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٤.

(٥) قوله: (أن يهدى) ساقط من (ق٥).

(٦) في (ب): (يشتري بثمنها).

وأرى المعين وغيره سواء، فإن نذر وهو يظن[1] أن ذلك يجوز؛ لم يكن عليه غير ما ألزم نفسه، فيبيع المعين، ويخرج قيمة ما في الذمة على أنه معيب، فيشتري بذلك سالماً إن بلغ، أو يشارك به، وإن كان عالماً أن ذلك لا يجوز؛ كان نذراً في معصية. وهو كما قال بمنزلة من نذر نحر ولده، فلا شيء عليه، معيناً كان[2]، أو مضموناً، ويستحب له أن يأتي بسليم ليكون كفارة عن نذره، ويتقرب إلى الله سبحانه بذلك.

ومن قال: أنا أنحر ولدي -بمعنى: أقتله- فلا شيء عليه، وإن أراد بذلك أن يجعله هدياً أو قال[3] ما يدل على ذلك، فقال: أنا[4] أنحره عند مقام إبراهيم أو الصفا أو المروة، أو قال أنا: أهديه، أو أنحره لله؛ كان عليه عند مالك هدي. وقال مرة: كفارة يمين. والأول أبين، وهذا نذر في معصية؛ فلا يجوز الوفاء به، ويستحب أن يأتي بطاعة كفارةً عن قوله ذلك، إلا أن يكون ممن يجهل ويظن أن ذلك جائز، فلا شيء عليه.

---

(١) في (ت): (وظن).

(٢) قوله: (معيناً كان) في (ق٥): (كان هدياً معيناً).

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (أنا) ساقط من (ب).




باب
فيمن حلف بصدقة ماله أو بعضه

واختُلف فيمن تصدّق بجميع ماله أو بعضه[1] أو عَيَّنَ شيئاً منه أو عَيَّنَ جميعه على ثلاثة أقوال: فقال مالك: إن لم يعين، وقال: مالي أو جميعه؛ أجزأه الثلث، وإن قال: نصف مالي أو ثلاثة أرباعه؛ أخرج جميع ما سمى[2].

قال محمد: وكذلك إن قال: مالي إلا درهم؛ أخرج جميع ذلك[3].

قال مالك: وإن عَيَّنَ، فقال: عبدي أو داري، وذلك جميع ماله أو نصفه أو ثلاثة أرباعه؛ أخرج جميع ما سمى[4].

وذكر عنه ابن وهب في النوادر، فيمن لم يعين، وسمى أكثر من الثلث؛ اقتصر على الثلث[5].

وذكر ابن الجلاب عنه في المعين إذا كان أكثر من الثلث روايتين؛ إحداهما: ألا يلزمه أكثر من الثلث، والأخرى: أنه يلزمه ماعين وإن كان أكثر من الثلثين[6].

وقال سحنون في جميع ذلك عين أو لم يعين: يخرج ما لا يضر به إخراجه. وهذا أحسن؛ لقوله: «**لا صَدَقَةَ إلا عَنْ ظَهْرِ غِنًى، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ**».

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٥٧٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٦، وعزاه لابن حبيب.

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٤٧٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٦.

(٦) انظر: التفريع: ١/ ٢٨٢.

أخرجه البخاري ومسلم[1].

فإن كان جميع ماله لا فضل فيه لم يكن عليه شيء وإن كان الفضل نصف ماله أو ثلاثة أرباعه أو تسعة أعشاره أخرج جميع ذلك الفضل لأمر النبي ﷺ بالوفاء بالنذر ولقوله: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ الله فَلْيُطِعْهُ»[2] فدخل في ذلك الصدقة وغيرها. وقال أبو طلحة: إن أحب أموالي بيرحاء، وإنها صدقة أرجو برها وذخرها، فقال: «اجْعَلْهَا فِي أَقَارِبِكَ وَبَنِي عَمِّكَ...» الحديث[3]. فأمضى جميع صدقته[4]؛ لأنه أبقى ما فيه كفاية. وأما على[5] قول كعب بن مالك[6]: إِنَّ مِنْ تَوْبَتِي أَنْ أَنْخَلِعَ / مِنْ مَالِي، فَقَالَ: «يُجْزِيكَ مِنْ ذَلِكَ الثُّلُثُ»[7]. فإنه يحتمل أن يكون كعب أراد أن يفعل ولم يوجب.

(ب) ١٥٦/ب

وإن قال: عبدي ومالي؛ أخرج جميع العبد وثلث الباقي، وعلى القول الآخر يخرج ثلث العبد وثلث الباقي.

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ١٣٦٠، في باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى، من كتاب الزكاة، برقم(١٣٦٠)، ومسلم: ٢/ ٧١٧، في باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى وأن اليد العليا هي المنفقة وأن السفلى هي الآخذة، من كتاب الزكاة،برقم: (١٠٣٤).

(٢) سبق تخريجه، ص: ٨٠٣.

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٥٣٠، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، برقم: (١٣٩٢)، ومسلم: ٢/ ٦٩٣، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد والوالدين ولو كانوا مشركين. والموطأ: ٢/ ٩٩٥، كتاب الصدقة، باب الترغيب في الصدقة، برقم: (١٨٠٧).

(٤) قوله: (صدقته) في (ت): (ذلك فيه).

(٥) قوله: (على) ساقط من(ق٥).

(٦) قوله: (مالك) ساقط من (ق٥).

(٧) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٣/ ١٠١٣، كتاب الوصايا، باب إذا تصدق أو أوقف بعض ماله أو بعض رقيقه أو دوابه فهو جائز، برقم: (٢٦٠٦)، ومسلم: ٤/ ٢١٢٠، كتاب التوبة، باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه، برقم: (٢٧٦٩).

وإن حلف بصدقة ماله، فلم يحنث حتى حلف بصدقة ماله أيضاً فحنث، فقال مالك: يجزئه الثلث[١]. أو حلف بثلث ماله، فلم يحنث حتى حلف بثلث ماله، فحنث في اليمينين جميعاً-أجزأه - على قول مالك الأول - ثلثٌ واحد؛ لأنَّ جميع المال في حين اليمين الثانية في السؤالين جميعاً على ملكه، وإنما كرر اليمين بشيء واحد.

وإن حلف بثلث ماله فحنث، ثم حلف بثلث ماله؛ أخرج ثلث الجميع عن اليمين الأولى، ثم ثلث الباقي عن اليمين الثانية.

واختلف إذا حلف بصدقة ماله فحنث، ثم حلف بصدقة ماله فحنث، فقال ابن كنانة: يجزئه ثلث واحد[٢].

وقال أشهب: يخرج ثلث جميع ماله[٣]، ثم ثلث الباقي[٤].

قال محمد: وهو القياس.

وقال فيمن قال: مالي هدي، فإنه يخرج ثلث ماله، وتكون النفقة وكل شيء منه[٥]. وإن قال: ثلث مالي هدي[٦] فعليه أن يبلغه، ولا يبيع منه[٧] شيء[٨]. يريد: إن النفقة عليه[٩] من غير الثلث.

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٤٧٤.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٠٧.
(٣) في (ب): (يخرج جميع ثلثه).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٢٠٧.
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٣.
(٦) قوله: (وتكون النفقة وكل شيء منه. وإن قال: ثلث مالي هدي) ساقط من (ب).
(٧) في (ق٥): (منها).
(٨) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ١٦٢.
(٩) في (ق٥): (عليها).

و قال ابن القاسم في العتبية فيمن قال: مالي هدي[١]: يهدي ثلث ماله، والنفقة عليه من غير الثلث[٢].

فصل

[فيمن حلف بصدقة ماله ونقَصَ مالُهُ أو زاد]

ومن حلف بصدقة ماله فحنث، وقد نقص ماله بتلف أو خسارة أو زاد بربح أو ولادة؛ فإن كان على بر، فقال: إن فعلت، أو لا فعلت[٣] كان عليه الأقل مما كان بيده يوم حلف أو يوم حنث.

فإن كان الأول أكثر؛ لم يضمنه؛ لأنه لم يكن ممنوعاً منه بالتصرف[٤] والأكل والهبة والصدقة.

واختلف في الولد، فقيل: هو له[٥] كالربح. وقيل: يدخل في اليمين[٦]؛ لأنه كبعضها. وإن كان اليوم أكثر؛ لم يكن عليه في الربح شيء؛ لأنه إنما حلف بشيء، فلا يلزمه أكثر منه. وإن كان على حنث، فقال: إن لم أفعل...[٧].

---

(١) قوله: (فيمن قال: مالي هدي) ساقط من (ب).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ١٦٢.

(٣) في (ب): (لا أفعلن).

(٤) قوله: (منه بالتصرف) في (ت): (من التصرف).

(٥) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٦) في (ب): (في الثمن).

(٧) بعده بياض في (ب) و(ت).



باب الأيمان



الأيمان على ثلاثة أوجه[1]: جائزة، وممنوعة، ومختلف فيها، هل تجوز أم لا؟. **فالأول**: اليمين بأسماء الله تعالى، كقوله: والله، والرحمن، والرحيم[2]، والعزيز، القدير[3].

وقال الله عز وجل: ﴿ **فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ** ﴾ [المائدة:١٠٦]، وقال: ﴿ **فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ** ﴾ [النور:٦]. فكل يمين بالذات جائزة، وإن اختلفت الأسماء.

والثاني: اليمين[4] بالمخلوقات، كقوله: والكعبة، والنبي، والآباء[5]؛ لقول النبي ﷺ: «**إِنَّ الله يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِالله أَوْ لِيَصْمُتْ**»[6]. فمن حلف بذلك بعد علمه بالنهي؛ فليستغفر الله، ولا كفارة عليه.

والثالث: اليمين بصفات الله تعالى؛ بعزته أو قدرته.

فاختلف في جواز اليمين بها، وهل تجب الكفارة على من حلف بها؟ فالمشهور من المذهب الجواز، وأن كفارتها كفارة اليمين بالله.

---

(١) قوله: (على ثلاثة أوجه) في (ق٥): (ثلاثة).

(٢) قوله: (والرحيم) ساقط من (ت).

(٣) قوله: (القدير) في (ت): (القادر).

(٤) في (ق٥): (الأيمان).

(٥) زاد في نسخة (ق٥): وما أشبه ذلك. فلا يمين بذلك.

(٦) متفق عليه، البخاري: ٥/ ٢٢٦٥، في باب من لم ير إكفار من قال ذلك متأولاً أو جاهلاً، من كتاب الأدب، برقم (٥٧٥٧)، ومسلم: ٣/ ١٢٦٦، في باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى، من كتاب الأيمان، برقم (١٦٤٦)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٤٨٠، في باب جامع الأيمان، من كتاب النذور والأيمان، برقم (١٠٢٠).

وقال في كتاب محمد فيمن حلف، فقال: لعمر الله: لا يعجبني أن يحلف به أحد.

وقال فيمن قال: وأمانة الله: نحن نكره اليمين بها[١].

وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَيْسَ مِنَّا مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ**»[٢]. قال: فمن جهل فحلف[٣] بها؛ كان فيها كفارة اليمين بالله. فمنع اليمين بالصفة لقول النبي ﷺ: «**لَيْسَ مِنَّا مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ**». وفي كتاب ابن حبيب مثل ذلك: أن لا يحلف بما ذكره محمد، واستشهد بالحديث.

وفي كتاب محمد، فيمن قال: لعمر الله وأيم الله، أخاف أن يكون يميناً[٤]. فشك.

وقيل لابن القاسم فيمن حلف بالقرآن أو بالكتاب، أو بما أنزل الله تعالى: أترى ذلك كله[٥] يميناً؟ قال: أحسنُ ذلك والذي تكلمنا فيه: أن كل ما سمى من ذلك يمين؛ يريد: أنه اختلف فيه، وروى علي بن زياد، عن مالك إذا قال: لا والقرآن، لا والمصحف؛ ليس بيمين، ولا كفارة على من حلف به فحنث[٦].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٥.

(٢) لم أقف عليه:

قلت: وفي سنن أبي داود: «**من حلف بالأمانة فليس منا**» أخرجه في سننه: ٢/ ٢٤٣، في باب كراهية الحلف بالأمانة، من كتاب الأيمان والنذور، برقم: (٣٢٥٣).

(٣) قوله: (جهل فحلف) في (ت): (حلف).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٦. والذي وقفت عليه: (وقال في موضع آخر من كتابه: وقوله لعمر الله: وايم الله أخاف أن يكون يميناً).

(٥) قوله: (كله) ساقط من (ت).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ١٧٥.

وأرى أن تجوز اليمين بالصفة؛ لحديث أنس، قال :قال رسول الله: «آخِرُ أَهْلِ الْجَنَّةِ دُخُولاً رَجُلٌ يَخْرُجُ مِنَ النَّارِ، وَيَبْقَى مُقْبِلاً بِوَجْهِهِ إِلَى النَّارِ، فَيَقُولُ: يَا رَبِّ، قشبني رِيحُهَا، وأَحْرَقَنِي ذَكَاؤُهَا، فَاصْرِفْ وَجْهِي عن النَّارِ، فيقول: لَعَلَّكَ إِنْ أَعْطَيْتُكَ أَنْ تَسْأَلَنِي غَيْرَهُ، فَيَقُولُ: لاَ وَعِزَّتِكَ»[1].

وفي حديث آخر: «تَقُولُ جَهَنَّمُ: قَطْ قَطْ وَعِزَّتِكَ»، وقال أيوب: «بَلَى وَعِزَّتِكَ، وَلَكِنْ لاَ غِنَى لِي عَنْ بَرَكَتِكَ» الحديث ذكره البخاري[2]. ومحمل النهي في الحلف بغير الله أن ذلك في المخلوقات، وأما الكفارة؛ فإنما وردت فيمن حلف بذاته، فقيست اليمين بالصفة على ذلك.

فصل

[في الحلف على شيء بأسماء مختلفة مما يجوز به اليمين]

ومن حلف على شيء واحد بأسماء مختلفة المعاني، فقال: والله والرحمن والعزيز والعليم فحنث؛ فعليه كفارة واحدة، لأنه حالف بذاته، وهي واحدة . وكذلك، إن حلف بصفة مختلفة الألفاظ متفقة المعاني، فقال: وعزة الله وكبريائه. وإن اختلفت معانيها، فقال: وعزة الله وعلمه وكلامه؛ كان عليه ثلاث كفارات، وإن كان الموصوف بها واحداً.

وإن كرّر اليمين بصفة واحدة، فقال: وعزة الله، وعزة الله؛ فكفارتها

---

(١) متفق عليه: البخاري: ٥/ ٢٤٠٣، في باب الصراط جسر جهنم، من كتاب الرقائق، برقم: (٦٢٠٤)، ومسلم: ١/ ١٦٣، في باب في معرفة طريق الرؤية، من كتاب الإيمان، برقم: (١٨٢).

(٢) متفق عليه، البخاري: ٦/ ٢٤٥٣، في باب من حلف بعزة الله وصفاته، من كتاب التوحيد، وأخرج الأول منهما متصلاً، برقم: (٦٢٨٤)، ومسلم، في باب النار يدخلها الجبارون.. برقم (٢٨٤٨).

واحدة، وكذلك إذا حلف بصفة واحدة مختلفة الأسماء، فقال: وعزة الله، وكبرياء الله؛ فكفارة واحدة، كمن حلف بذاته بأسماء مختلفة.

قال أبو بكر الأبهري: إنما يجب في العهد والميثاق والكفالة ثلاث كفارات[١]، إذا أراد الحالف بها ثلاثة أيمان، وإلا فليس عليه إلا كفارة واحدة وقاله محمد بن عبد الحكم[٢].

ومحمل قول مالك في المدونة هذه أيمان[٣]، أي: أن كل واحدة لها حكم اليمين، أو يرى أنها صفات، ليست[٤] صفة واحدة.

وقد تقدم الاختلاف في ذلك، وأنها ليست بيمين في أحد الأقوال. ولم يرد إذا جمع اليمين بها[٥] على شيء واحد أن لكل واحدة كفارة.

وقال مالك: إذا قال عليّ عشر كفالات؛ عليه عشر كفارات[٦]. يريد: لأن الحالف بذلك يريد عشرة أيمان، كمن قال: عليّ عشرة أيمان، فعليه عشر كفارات، وإن كان المحلوف به شيئاً واحداً.

وإن قال: والعزيز وعزة الله؛ فكفارتان.

والعهد على أربعة أوجه؛ تلزم الكفارة في وجه، وتسقط في اثنين، واختلف في رابع. فإن قال: عليّ عهد الله فحنث، كفّر، لأنه حالف بصفة. وإن قال: لك عليّ عهد الله، أو أعطيك عهد الله؛ فلا كفارة عليه.

---

(١) قوله: (ثلاث كفارات) في (ت): (ثلاثة أيمان).

(٢) انظر: التفريع: ١/ ٢٨٥، والمعونة: ١/ ٤١٣.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٨.

(٤) قوله: (صفات، ليس) ساقط من (ت).

(٥) في (ت): (لها).

(٦) انظر: المدونة: ١/ ٥٧٩.

(ب/١٥٧/أ)

واختُلف إذا قال: أعاهد الله ﷻ: فقال/ ابن حبيب: عليه كفارة اليمين[١].

وقال ابن شعبان: لا[٢] كفارة عليه. وهو أحسن؛ لأنه لم يحلف بالعهد، فيكون قد حلف بصفة. وقوله: أعاهد الله. فالعهد منه، وليس بصفة لله تعالى، ولا أعطي بالله عهداً. فإن عقد[٣] أن يفعل طاعة؛ لزمه الوفاء بها لما عقد على نفسه، وإلا فلا شيء عليه.

وكذلك، إن قال: أعاهد الله أن لا أفعل كذا وكذا؛ عليه أن يوفي إذا كان في ترك ذلك الفعل طاعة لله تعالى، وإلا فلا شيء عليه. إلا أن يتعلق بذلك حق لآدمي، فيوفي له بما عقد له.

قال محمد: وقد يكون من النذور والعهد ما لا كفارة فيه، وذلك ما أريد به المعاقدة والمعاهدة، مثل البيعة[٤] والحلف[٥].

وقال ابن حبيب: إذا قال: أبايع الله؛ عليه[٦] كفارة يمين[٧]. وعلى قول ابن شعبان لا كفارة عليه[٨]. وإن قال: وعلم الله. أو قال: علم الله[٩]؛ كفَّر[١٠]. وإن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤.

(٢) قوله: (لا): ساقط من (ت).

(٣) في (ت): (عهد).

(٤) في (ب): (البيع).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٣.

(٦) قوله: (عليه) ساقط من (ق٥).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤.

(٨) قوله: (لا كفارة عليه) في (ب): (أن لا شيء عليه).

(٩) قوله: (أو قال: علم الله): ساقط من (ت).

(١٠) انظر: التفريع: ١/ ٢٨٥.

قال: علم الله؛ فلا شيء عليه. وإن قال: وأمانة الله وذمة الله؛ فهي يمين[(١)].

وقال ابن حبيب: أيم الله[(٢)] يمين[(٣)].

وفي النوادر لمالك إذا قال: لعمر الله أو أيم الله: أخاف أن تكون يميناً[(٤)]. فترجح هل هي يمين أم لا؟.

قال محمد[(٥)]: وقيل في معاذ الله وحاش لله: ليس بيمين[(٦)].

ورأيت في كتاب آخر أنهما يمين. وقال محمد بن عبد الحكم: إن قال: لا ها الله؛ هي يمين، كقوله تالله. وإن قال: الله عليّ راع أو كفيل فحنث؛ لا أعلم في ذلك كفارة.

واختلف إذا قال: عليّ أشد ما أخذ أحد على أحد، فقال ابن وهب في العتبية: عليه[(٧)] كفارة يمين[(٨)].

وقال محمد: يلزمه الطلاق والعتق، وأن يتصدق بثلث ماله، وأن يمشي[(٩)] إلى بيت الله[(١٠)]؛ فجعل ابن وهب اليمين على ما كانت عليه أول الإسلام،

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٥٧٩.

(٢) بدون ذكر اسم الجلالة في (ت).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٦، والبيان والتحصيل: ٣/ ١٧٣.

(٥) في (ق٥): (أبو محمد).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٧.

(٧) قوله: (عليه) ساقط من (ق٥).

(٨) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ٢٢٩.

(٩) في (ق٥): (والمشي).

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١١.

فأعظمها اليمين بالله. وقول محمد أبين على ما أحدثه الناس اليوم من الأيمان، مثل أيمان البيعة وغيرها.

وإن قال: عليّ يمين فحنث؛ كفّر كفارة اليمين بالله تعالى، لأن الأصل في اليمين بالله حتى يريد غيرها.

وقال محمد: إن قال عليّ ثلاثون يميناً، فلا أرى أن يفعل.

قال: وكأنه يرى عليه إن حنث الأيمان كلها؛ لأنه لم يصمد إلى شيء بعينه، ولا يدري بأي الأيمان حلف. قال: فلزمه[(١)] الطلاق والعتق والصدقة والمشي والكفارة، بمنزلة الذي حلف بأشد ما أخذ أحد[(٢)] على أحد.

و حمل قوله إذا قال: ثلاثين يميناً، أنها مختلفة الأجناس.

والقياس أن تحمل على أنها بالله، ولو كان الأمر على ما قاله لوجب مثل ذلك إذا قال: عليّ يمين؛ لأنه لم يصمد إلى شيء بعينه، فلا يدري بأي الأيمان حلف.

واختلف إذا قال: أشهد وأقسم بالله. أو لم يقل: بالله.

فقال ابن القاسم: إن قال بالله أو[(٣)] أراد ذلك كان كالحلف بالله[(٤)].

وقال سحنون في السليمانية: اختلف فيمن قال: أشهد بالله وأقسم بالله، هل هي يمين؟ وفي الزاهي: إذا لم يقل بالله، لا شيء عليه. والصواب إذا قال: بالله، أنها يمين.

---

(١) في (ق٥): (فيلزمه).

(٢) قوله: (أحد) ساقط من (ق٥).

(٣) في (ت): (و).

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٠.

وإن نوى ذلك، ولم ينطق به؛ كان كمن اعتقد اليمين، ولم ينطق به؛ لأن اليمين إنما تنعقد ههنا إذا سمّى الله تعالى. وإن قال: أعزم بالله أو عزمت بالله على فعل نفسه، فهي يمين.

قال ابن القاسم: وإن قال: أعزم عليك لتفعلن كذا؛ فلا شيء عليه، وهو بمنزلة من قال: سألتك بالله. وكذلك على قوله لو قال: أعزم عليك بالله أن لا تفعل، ففعل؛ فلا شيء عليه(١).

ولو قال: عزمت عليك بالله؛ كان يميناً، وعليه الكفارة إذا(٢) خالفه، بمنزلة من قال: حلفت عليك(٣) بالله. إلا أن يريد بقوله: عزمت، أي: أعزم.

فصل

[في أنواع النذر من حيث الإبهام والتعليق والتقييد]

النذر(٤) ثلاثة: مبهم مجرد من اليمين، ومعلق بيمين، ومقيد.

فإن كان مبهماً؛ كان فيه كفارة اليمين بالله، وهذا قول مالك، وبه قال غير واحد من التابعين(٥).

وفي كتاب مسلم: قال النبي ﷺ «كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ»(٦).

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٠ و٥٨١.

(٢) في (ت): (وإن).

(٣) قوله (عليك) ساقط من (ب).

(٤) في (ق٥): (النذور).

(٥) انظر: المدونة: ١/ ٢٨٢، والتلقين: ١/ ١٠٢، والمعونة: ١/ ٤٢٩.

(٦) أخرجه مسلم: ٣/ ١٢٦٥، في باب من نذر أن يمشي إلى مكة، من كتاب النذر، برقم: (١٦٤٥).

وروي عن ابن عباس أنه قال: عليه أغلظ الكفارات كالظهار[١].

يريد :لأنه لم يسم اليمين بالله ولا نواها.

وقيل :إن شاء أو أطعم مسكيناً أو صلى ركعتين.

يريد :لأن كلها مما يصح أن ينذر، فلا تعمر ذمته إلا بأقل النذور[٢].

وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها نذرت أن لا تكلم ابن الزبير، ثم كلمته، فأعتقت أربعين رقبة[٣]. وكانت متخوفة أن لا تكون وفت بنذرها وأنها حانثة، ورأت أن الذمة معمورة بنذر، فلا تبرأ بأقله.

وفي كتاب محمد: فإن قال :عليّ نذر لا يكفره صيام ولا صدقة، ثم حنث؛ فليستغفر الله، ويكفر كفارة اليمين بالله. قال :وكذلك، إذا قال :عليّ نذر لا كفارة له[٤].

وإن علقه بيمين، فقال :عليّ نذر إن فعلت، أو أن فعلت، أو لا[٥] فعلت، أو إن لم أفعل، أولا أفعلن[٦]؛ افترق الجواب .فإن قال :عليّ نذر إن أعتقت هذا العبد، أو شربت[٧] هذه الخمر؛ كانت يميناً منعقدة، ولا شيء عليه الآن؛ لأنه

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: ٨/ ٤٤١، في باب لا نذر في معصية الله، من كتاب الأيمان والنذور، برقم: (١٥٨٣٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه: ٣/ ٦٨، في باب النذر إذا لم يسم له كفارة، من كتاب الأيمان والنذور والكفارات، برقم: (١٢١٧٦).

(٢) قوله: (النذور) في(ت): (النذر).

(٣) أخرجه البخاري: ٣/ ١٢٩١، في باب مناقب قريش، من كتاب المناقب، برقم: (٣٣١٤).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٨.

(٥) قول: (أو لا) في (ق٥): (لولا).

(٦) قوله: (لا أفعلن): في (ت): (لأفعلن).

(٧) في (ت): (أشتريت).

على بر. فإن أعتق أو شرب؛ كفر كفارة النذر، ويمضي العتق .وإن قال :عليّ نذر أن أُعتق، أو أن أشرب خمراً؛ كان نذراً مجرداً من اليمين مقيداً؛ لأن (أن) مع الفعل بمعنى المصدر، فكأنه قال :عليّ نذر عتق هذا العبد، وشرب هذه الخمر .فيوفي بما كان فيه طاعة، ولا شيء عليه في الآخر، لا كفارة ولا غيرها . وإن قال :عليّ نذر إن أعتقتُ، أو إن شربتُ الخمر؛ كان عليه كفارة النذر في الوجهين جميعاً إذا كان تقدم له شرب أو عتق .فجعل النذر لأجل ذلك. فإن قال :عليّ نذر أن لا أعتقه[1]، أو لأشربنّها؛ كانت يميناً بالنذر على ترك العتق، أو الشرب. وهو كقوله :إن فعلت ذلك، فلا شيء عليه الآن .فإن فعل؛ كفّر كفارة اليمين بالله. وإن قال: إن لم أعتق، أو[2] إن لم أشرب؛ كانت يميناً منعقدة. وهو بالخيار بين العتق أو الكفارة، ويؤمر بالكفارة عن قوله: إن لم أشرب، إلا أن يجتزئ على الشرب.

وقال محمد: إن قال عليّ نذر لأعتقنّ أو لأشربنّ؛ كان العتق والشرب هو المنذور، كالذي يقول: أن أشرب، أو: أن أعتق. وليس بحسن، وهو بمنزلة من قال: إن لم أفعل. فإن فعل؛ سقط نذره، وإن لم يفعل؛ كفر كفارة النذر .

---

(١) في (ت): (أعتقنه).

(٢) في (ت): (و).

باب

في لغو اليمين والغموس، وما تجب فيه الكفارة، وما لا تجب، وما تكون النية فيه نية الحالف والمحلوف له

الأيمان قسمان: ماض ومستقبل. فالماضي لا تلزم فيه كفارة، بر في يمينه، أم لا. والمستقبل تجب فيه الكفارة متى خالف ما/ عقد يمينه عليه. والماضي على أربعة أوجه، فإن قال: والله، ما لقيتُ فلاناً أمس. وذلك يقينه، ثم تذكر أنه لقيه لم تكن عليه كفارة. وهذا من لغو اليمين الذي ذكر الله تعالى في كتابه. وإن كان لقيه وتعَمّد الكذب؛ كان غموساً.

(ب) ١٥٧/ب

قال مالك: وهي أعظم من أن تُكفّر[1]. فإن كان في حين يمينه شاكّاً، ثم تذكر أنه لقيه؛ كان آثماً. ويجوز أن يكون إثمه دون من كان على يقين. قال ابن القاسم: وإن تبين له أنه لم يلقه؛ بر في يمينه.

والصواب أنه آثم؛ لأنه تجرأ باليمين على القطع مع الشك. وأرجو أن يكون إثمه أخف[2] ممن يذكر أنه لقيه، وإن بقي على شكه؛ كان آثماً.

ويُستحب له في جميع ذلك أن يتقرب إلى الله سبحانه بالصوم والصلاة والصدقة إذا تعمّد أو كان شاكّاً. وهو في يمينه في المستقبل على بر إذا قال: والله، لا فعلتُ، أو إن فعلتُ. و على حنث إن قال: إن لم أفعل، أو لأفعلنّ، ويمينه في جميع هذه الأربعة الوجوه منعقدة إذا كان قاصداً لعقد اليمين.

واختُلف إذا كانت اليمين بغير نية، وإنما خرج على سبق[3] اللسان، فقيل:

---

(١) انظر: المدونة: / ٥٧٧.

(٢) في (ق٥): (أقل).

(٣) في (ت): (نسق).

تكون يميناً منعقدة[١].

وأخرج البخاري عن عائشة، أنها قالت: "أنزل لغو اليمين في قول الرجل: لاَ وَالله، وَبَلَى وَالله"[٢]. وبه أخذ إسماعيل القاضي؛ لأنها يمين بغير نية.

وقد واختُلف قول مالك في الطلاق بغير نية.

وأرى أن لا شيء عليه في جميع ذلك للحديث «**الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ**»[٣]. واللغو يصح في اليمين بالله، وفيما كفارته كفارة اليمين بالله، ولا يصح في طلاق ولا عتق ولا صدقة ولا مشي.

فصل

[في نية الحالف وما يلزمه منها]

والنية في اليمين على ثلاثة أوجه؛ فإن كانت بالطلاق أو العتق[٤] في حق على الحالف، وأحلفه الطالب، وعليه بينة؛ قضى بظاهر يمينه، ولم يصدق أنه نوى غير ذلك[٥].

واختُلف إذا لم تكن عليه بينة، أو كانت، ويمينه بما لا يقضى عليه: هل ذلك إلى نيته، أو إلى نية الطالب؟ فقيل: ذلك إلى نيته وقيل إلى نية الطالب والأحسن أن يكون إلى نية المطلوب.

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٥٨١.

(٢) أخرجه البخاري: ٤/ ١٦٨٦في باب تفسير سورة المائدة، من كتاب التفسير، برقم (٤٣٣٧).

(٣) أخرجه البخاري: ١/ ٣، من باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، في كتاب بدء الوحي، برقم (١).

(٤) قوله: (بالطلاق أو العتق) في (ت): (في الطلاق والعتق).

(٥) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٧.

وإن تطوع باليمين وكان له أن ينصرف من غير يمين؛ كان الأمر إلى نيته. وقيل أيضاً: ذلك إلى نية الطالب. وإن دفع بذلك ظلماً؛ فله نيته، وإن لم يجد سبيلا إلى التخلص إلا باليمين[١]. ولا يجوز له أن يلغز، ولا أن ينوي غير ظاهر يمينه إذا كانت اليمين في حق. ويجوز إذا كان يدفع بها ظلماً.

واختُلف إذا لم تكن في حق ولا دفع بذلك ظلماً هل يجوز أو يكره؟

واختُلف إذا حلف بالحرام على قضاء حق: هل تنفعه محاشاة زوجته[٢]:

فقال مالك في كتاب محمد: إذا حلف بالحرام على قضاء حق؛ لم تنفعه محاشاة زوجته قال ابن القاسم: سواء استحلفه الطالب، أو ضيق عليه حتى بدر باليمين، فلا تنفعه النية، أظهر أمره أو ترك[٣].

يريد: أنه لا تنفعه فيما بينه وبين الله تعالى قال: وكذلك، إذا خاف أن لا يتخلّص إلا باليمين، وأما إن ابتدأ اليمين من غير أن يستحلفه، أو يحوجه إلى اليمين؛ فله نيته، وإن كان على يمينه بينة.

محمد: وقد قيل: ذلك سواء؛ لأنها وثيقة. وإنما له النية والمحاشاة فيما حلف عليه من أمور نفسه، كان على يمينه بينة، أو لم يكن[٤].

وقال مُطرّف عن مالك في كتاب ابن حبيب: تنفعه المحاشاة؛ لاختلاف الناس في الحرام، وإن كان مستحلفاً. وأما في غيره؛ فلا تنفعه المحاشاة ولا النية. واليمين للذي استحلفه[٥].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ١٤/ ٥٧٢.

(٢) قوله: (محاشاة زوجته) في (ق٥): (المحاشاة).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٥.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩.

وقال في كتاب ابن حبيب فيمن ألغز في يمينه: فما كان خديعة ليفر من حق عليه؛ فهو خديعة[1]. ولا يكفر ولا يأثم في غير ذلك، ولا كفارة عليه. ولا أحبّ له أن يفعل. فجعل الأمر إلى نيته، وإن كان في حق، قال ابن حبيب: ما كان على وجه الغَرَر، أو لينجو من سخط إنسان؛ فلا بأس به. وما كان من مكر أو خديعة؛ ففيه الإثم، والنية نيتك، وما كان من حق عليك فالنية نية المحلوف له. قاله مالك[2].

(١) في (ق٥): (آثم).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٩.



باب
في الاستثناء في اليمين بالله والطلاق والعتق

الاستثناء يصح في اليمين بالله، وفيها كفارته كفارة اليمين بالله، كاليمين بالصفات والنذر المبهم(١).

وسواء استثنى مشيئة الله تعالى، أو مشيئة آدمي حي أو ميت. فإن قال: والله لأفعلنّ كذا إن شاء الله، أو إن شاء فلان أن أفعله، أو إلا أن يشاء الله، أو فلان. أو قال: لا فعلتُ إلا أن يشاء الله، أو فلان أن أفعله، أو إن شاء الله أو فلان ألا أفعله(٢)؛ كان له استثناؤه في جميع ذلك.

والاستثناء المجتمع عليه: ما اشتمل على ثلاثة شروط، وهي: أن تكون نطقاً نسقاً، بنية قبل اليمين، أو في موضع لو سكت لم تنعقد اليمين(٣).

ويختلف إذا لم يحرك لسانه بالاستثناء، فقال مالك في المدونة: لا ينفعه ذلك(٤).

وعلى قوله أن اليمين تنعقد بالنية؛ يصح استثناؤه بالنية.

ولم يختلف أن المحاشاة تصح بالنية؛ لأن المحاشاة إخراج ذلك قبل اليمين. وكذلك الاستثناء، إذا كانت تلك نيته قبل ا ليمين؛ لأنها محاشاة.

وقال محمد: الاستثناء كل ما كان فيه (إن)، مثل قوله: إن شاء الله، إن شاء(٥) فلان. ومثل قوله: إلا أن، مثل أن يحلف إن فعل كذا إلا أن. وكل ما

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٢٩٤، ٥٧٨.

(٢) قوله: (ألا أفعله): في (ق٥): (أن أفعله).

(٣) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٤.

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٤.

(٥) في (ت): (فعل).

كان فيه إلا، مثل أن يحلف إن صحبت اليوم قرشياً، ويقول في نفسه: إلا فلاناً. وإن كنتُ أكلتُ اليوم طعاماً، إلا لحماً. فهذه الثلاثة الأوجه: استثناء لا يجزئه إلا بتحريك اللسان؛ إن، وإلا أن، وإلا. ولو أخبره رجل خبراً، وقال: لا تخبر به أحداً، ونوى في نفسه إلا فلاناً؛ لم ينفعه. ولو حرك به لسانه، ونوى في قلبه وفلان؛ أجزأه. لأن الأول فيه إلا، والثاني ليس فيه إلا الواو. قال: وقد قيل: ليس الاستثناء إلا في وجهين؛ إن وإلا أن. وأما قوله إلا، فالنية تجزئه. ألا ترى قوله: الحلال عليَّ حرام، وهو ينوي إلا امرأته؛ أن ذلك يجزئه[1].

وهذا أحسن[2]؛ لأن (إلا) تكون بمعنى (غير وسوى)، فيرجع إلى المحاشاة إذا عزلها بنيته، وإن أدخلها في اليمين، ثم رفعها؛ كان استثناء.

واختُلف إذا نسق الاستثناء بنية حدثت بعد تمام اليمين: فقال مالك في المدونة: ذلك استثناء[3].

(ب ١٥٨/أ)

وقال محمد بن المواز:/ ليس ذلك[4] باستثناء. قال: وإن نوى الاستثناء قبل آخر يمينه، ولم يبق منها إلا حرف، ثم نسق الاستثناء؛ فذلك جائز[5]. يريد: إذا بقي من الكلام ما لو سكت[6]؛ لم ينعقد اليمين.

وقال إسماعيل القاضي: إن لم يعزم على الاستثناء إلا بعد الفراغ من اليمين؛ لم ينفعه، وإن كان نسقاً. وإن ابتدأ اليمين ثم عزم على الاستثناء قبل

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦.

(٢) في (ق٥): (حسن).

(٣) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٤.

(٤) قوله: (ذلك) زيادة من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٩.

(٦) في (ط): (ما ليس سكت).

انقضاء اليمين، ولو بأقل الأجزاء؛ كان ذلك له. قال: ألا ترى لو بلغ آخر اليمين إلا ذلك الجزء، ثم قطع يمينه؛ لكانت ساقطة عنه، لأن اليمين لا تنعقد إلا بتمامها. قال: وكذلك كل شيء من الطلاق والعتق، لا يقع إلا بتمامها. وهذا أحسن.

وأما إذا أحدث نية بعد تمام اليمين، فإنما يريد أن يدفع يميناً قد انعقدت ووجبت، وذلك غير صحيح.

وبقية ما يتعلق بالاستثناء مذكور في كتاب الأيمان بالطلاق وفي كتاب العتق الأول.

باب



فيمن حلف بيمين على أشياء أو بأيمان على شيء واحد



وقال مالك، فيمن قال لأربع نسوة له: والله، لا أجامعكنّ، أو لا أكلمكنّ ففعل؛ فكفارة واحدة تجزئه(١).

واختُلف إذا أصاب واحدة أو كلّمها، فقال مالك: قد حنث في يمينه(٢).

وقال أبو القاسم ابن الجلاب: يتخرج فيها قول آخر: أن لا يحنث حتى يفعل جميع ما حلف عليه(٣). وإن قال لواحدة: والله، لا أكلمك(٤). ثم قال للأخرى: ولا أنت. فإن كانت تلك نيته من أول يمينه؛ كان كالذي قال: لا أجامعكنّ. فإن كان ذلك بنية حدثت بعد تمام اليمين؛ جرت على القولين، إذا نسق الاستثناء بنية حدثت بعد تمام اليمين. وعلى الاختلاف فيمن طلق زوجته قبل الدخول طلقة، ثم نسق أخرى، فمن جعل ذلك استثناءً، وألزم الطلقة الثانية؛ أدخل هؤلاء في اليمين الأولى. ومن لم يجعل ذلك استثناءً، ولا ألحق الطلقة الثانية؛ لم يدخل هؤلاء في اليمين.

وإذا لم يصح دخولهن في اليمين؛ لم يكن عليه شيء فيهن، كأنه(٥) لم يحدث يميناً أخرى. وإن أراد بقوله: ولا أنت، يميناً نواها حينئذ غير اليمين الأولى؛ لزمه.

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٨.

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٨.

(٣) انظر: التفريع: ١/ ٢٩١.

(٤) في (ق٥): (كلمتك).

(٥) قوله: (كأنه) في (ب): (لأنه).

وكذلك إذا عطف على الأربعة، فقال: ولا أنت، ولا أنت. وأحدث نية يمين عند عطفه على كل واحدة، فيلزمه أربع كفارات.

وإن أحدث نية يمين عند العطف على الأولى، يريد بقوله: ولا أنت: جميع البواقي؛ كان عليه كفارتان، وكن الثلاث داخلات في اليمين الثانية.

وقال مالك في كتاب محمد، فيمن قالت له زوجته: يا ابن الخبيثة ثم جحدت ذلك، فقال لها: أنت طالق إن لم تكوني قلت لي: يا ابن الخبيثة. ثم سكت قليلاً، ثم قال: لقد قلتها لي ثلاث مرات. ثم شك فيها بعد الواحدة، فقال مالك: ما أرى عليه شيئاً، إلا أن يقول: أردتُ به طلاقاً، أو ذكرته[1]. وقال ابن القاسم: إن كان كلاماً واصلاً؛ فذلك يلزمه، وإن كان بين ذلك صُمات؛ فلا شيء عليه، إلا أن ينوي بكلامه أن يدخله في يمينه[2].

وقول مالك: لا شيء عليه. وإن كان واصلاً بيمينه، إلا أن ينوي إدخال قوله تحت اليمين المتقدمة، أو يحدث نية يمين أخرى أبين. وليس كقوله: وأنت وأنت؛ لأن ذلك أتى بواو العطف على الأولى، وهذا استأنف قولاً، ولم يعطف.

وإن كرر اليمين على شيء واحد في مجلس أو مجالس، فقال: والله والله، لا فعلت كذا؛ كانت يميناً[3] واحدة، إلا أن ينوي يمينين، فيكون عليه كفارتان. وكذلك لو قال: والله فوالله، إلا أن ينوي يمينين.

قال محمد: ولو قال: والله، ثم والله، ثم والله إن كلمت فلاناً؛ فليس عليه

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٤٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٨٢.

(٣) في (ط): (يمينين).

إلا كفارة واحدة[١].

وأرى أن يكفر[٢] عن كل يمين كفارة، وهذه أيمان، وهو بمنزلة من قال: عليّ ثلاثة أيمان.

وقال محمد بن عبد الحكم، فيمن قال: والله ووالله ووالله، لا أفعل، في شيء واحد: فعليه ثلاث كفارات. قال: وإنما تكون كفارة واحدة إذا قال: والله والله والله.

وقال مالك في كتاب محمد، فيمن حلف بالله في شيء أن لا يفعله، فقيل له: إنك ستحنث. فقال: والله، لا أحنث. ثم حنث: فعليه كفارتان[٣].

قال محمد: ولو قال: عليّ نذر إن فعلت كذا، عليّ نذر إن فعلت كذا ففعله[٤]؛ فعليه كفارتان[٥].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١١.

(٢) قوله: (يكفر) في (ب): (يكون).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١١، والبيان والتحصيل: ٣/ ١٠٩.

(٤) قوله: (ففعله) ساقط من (ت).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١١.



باب[1]
في تقديم الكفارات قبل الحنث



الأيمان أربعة:

أحدها: ما كان الحالف فيه على بِرٍّ، كقوله: لا كلّمتُ فلاناً، أو لا دخلتُ هذه الدار.

والثاني: ما كان فيه على حنث، ولا يحنث[2] إلا بموت نفسه، كقوله: لأدخلن هذه الدار، أو لأتزوجن. ولم يسم امرأة.

والثالث: ما كان يصح أن يحنث به في الحياة، كقوله: لأكلمنّ فلاناً، أو لأتزوجنّ فلانة، أو لأركبن هذه الدابة.

والرابع: أن يحلف ليفعلنّ، ويضرب أجلاً.

فأما من كان على بِرٍّ؛ فاختُلف فيه على أربعة أقوال: فقال ابن القاسم: اختلفنا[3] في الإيلاء: هل تجزئ إن قدم الكفارة؟ فسألنا مالكاً، فقال: بعد الحنث أعجب إليّ، وإن فعل أجزأ[4].

وقال مالك[5] في كتاب محمد: يمضي، للحديث: "من[6] حلف على يمين، فرأى غيرها خيراً منها؛ فليكفر".

---

(١) قوله: (باب) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (ولا يحنث) في (ب): (ولا يحتل).

(٣) في (ط): اختلف.

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٠، ٢/ ٣١٨.

(٥) قوله: (مالك) ساقط من (ق٥).

(٦) قوله: (من) في (ب): (فيمن).

وذكر أبو محمد عبد الوهاب، عنه: أنه أجاز ذلك ابتداء[١].

وذكر ابن الجلاب عنه، أنه قال مرة: لا تجزئ. وقيل: يجوز[٢] إن كانت اليمين بالله، ولا تجوز[٣] إن كانت بطلاق أو عتق أو صدقة أو مشي[٤]؛ يريد: ما لم يكن أخر طلقة، أو عبداً معيناً.

قال مالك وابن القاسم فيمن آلى بعتق رقبة غير معينة، فأعتق قبل الحنث: ذلك يجزئه[٥]. ويجري[٦] على هذا الطلاق، وإن لم تكن طلقة بعينها، والصدقة.

وأجاز مالك لمن كان على حنث، فقال: لأفعلنّ، ولم يضرب أجلاً: أن يقدم الكفارة[٧].

وقال ابن الماجشون في ثمانية أبي زيد، فيمن حلف بالله ليتصدقنّ بدينار، فأراد أن يحنث نفسه: فيكفر، ولا يتصدق. قال:[٨] لا يجزئه حتى يحنث، واليمين عليه كما هي. قال: وهذا لا يتبين[٩] حنثه؛ حتى يموت.

واختُلف إذا ضرب أجلاً على ثلاثة أقوال:

فقال مالك في المدونة، فيمن قال: أنت طالق إن لم أتزوج عليك، فأراد أن

---

(١) انظر: المعونة: ١/ ٤٢٦.

(٢) قوله: (وقيل: يجوز) في (ق٥): (وقال: يجزئه).

(٣) في (ق٥): (يجزئ).

(٤) انظر: التفريع: ١/ ٣٠٠.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١٥.

(٦) في (ق٥): (يجزئ).

(٧) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٨.

(٨) قوله: (قال) ساقط من (ق٥).

(٩) في (ق٥): (يبين).

لا يتزوج عليها: يطلقها، ثم يرتجعها، ولا شيء عليه، قال: وإن قال: إن لم أتزوج عليك إلى شهر؛ جاز له أن يطأ؛ لأنه على برّ، قال ابن القاسم: وإذا كان على بَرٍّ، فليس له أن يحنث نفسه[1].

وقال في كتاب محمد: إذا قال: أنت طالق إن لم أتزوج عليكِ، وضرب أجلاً، أو لم يضربه؛ له أن يحنث نفسه. وقال أيضاً: إن حلف بالله، فذلك له. وفيها كفارته كفارة اليمين بالله، وقال محمد فيمن حلف ليكلِّمن فلاناً، أو ليركبن هذه الدابة، ولم يضرب أجلاً: أن حياتها كالأجل، بخلاف من حلف على ما لا يحنث إلا بموت نفسه.

وعكس ذلك ابن كنانة في كتاب ابن حبيب، وقال: إن حلف بعتق جاريته[2] ليسافرنّ، أو ليأتين بلد كذا؛ فله أن يصيبها. لأنه لا يتبين[3] حنثه إلا بموته وهي كالمدبّرة[4] وإن كان مما يقع عليه الحنث في حياته، مثل أن يحلف/ ليضربن جاريته، أو ينحر بعيره؛ فلا يطأ.

(ب) ١٥٨/ب

والقياس في جميع ذلك فيمن حلف لأفعل أو ليفعلن، ولم يضرب أجلاً، أو ضرب أجلاً وأراد أن يكفرِّ قبل مضي الأجل؛ سواء.

والقول أن هذا على بر، وهذا على حنثٍ لا يؤثر في تقديم الكفارة؛ لأن من حلف ليفعلن ولم يضرب أجلاً، في حين إخراج الكفارة قبل الحنث تطوع بما لم يجب عليه.

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٥٨٨.

(٢) في (ت): (جارية).

(٣) في (ق٥): (يبين).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٥٨.

ولو بدا له بعد أن أراد أن يكفرِّ أن ينتقل إلى أن يدخل الدار أو يكلم فلاناً؛ لم يلزمه بالنية المتقدمة شيء.

فأما أن يقال إنه متطوع بالكفارة في جميع ذلك، فلأنها لم تجب، فلا تجزئ، أو أنها تجزئ. وقول مالك في المولي إنها تجزئ. يدخل فيه جميع الأيمان؛ من حلف لأفعلن، أو ليفعلن[1] وضرب أجلاً، أو لم يضرب أجلاً أنها تجزئ، وهو أحسن لقول النبي ﷺ: «**مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْراً مِنْهَا، فَلْيُكَفِّرْ، وَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ**»[2]، وروي أيضاً عنه، أنه قال: «**فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، وَلْيُكَفِّرْ**»[3]. وكلا الروايتين تتضمن جواز تقديم الكفارة؛ لأن الواو لا توجب رتبة، فتركهم على ما يوجبه اللسان، يقدم الحالف أيهما أحب[4] الكفارة أو الحنث.

ولو كان تقديم الكفارة لا يجوز؛ لأتى به، وقال: فليفعل، ثم[5] ليكفر؛ ولأن موضعه البيان؛ فلا يجوز تأخيره حينئذ، ويتركهم على ما يقتضيه[6] اللسان، والفاء في قوله: «**فليفعل، وليكفر**»؛ فإنما أبان ما يفعله بعد اليمين،

---

(١) قوله: (لأفعلن، أو ليفعلن) في (ق٥): (لأفعل أو لأفعلن).

(٢) متفق عليه، البخاري: ٦/ ٢٤٤٤، في كتاب الأيمان والنذور، برقم (٦٢٤٩)، ومسلم: ٣/ ١٢٧١، في باب نذر من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها أن يأتي الذي هو خير ويكفر عن يمينه، من كتاب الأيمان، برقم (١٦٥٠).

(٣) متفق عليه، البخاري: ٦/ ٢٤٧٢، في كتاب الأيمان والنذور، برقم (٦٣٤٣)، ومسلم: ٣/ ١٢٧١، في باب نذر من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها أن يأتي الذي هو خير ويكفر عن يمينه من كتاب الأيمان، برقم (١٦٥٠).

(٤) في (ق٥): (أراد).

(٥) قوله: (ثم) في (ب): (و).

(٦) قوله: (يقتضيه) في (ب): (يتضمنه).

وهما شيئان؛ كفارة وحنث، كالقائل: إذا دخلت الدار؛ فكل واشرب.

فله أن يقدم بعد الدخول أحدهما على الآخر، وفي الترمذي: أن العباس سأل النبي ﷺ في تعجيل صدقته لعام قبل أن تحل، فأرخص له في ذلك[1].

فصل

[في أوجه التزام الحنث لمن حلف]

والحالف ألا يفعل في التزام الحنث على أربعة أوجه: واجب، ومستحب أن يفعل، ومخير بين الفعل أو الترك، ومستحب له أن لا يفعل.

فإن كانت اليمين على قطع رحم، أو هجران من لا يجوز له هجرانه؛ كان التلبس بالحنث واجباً؛ لأنه باق على معصية، والتنصل[2] من المعصية واجب.

وإن كانت اليمين أن لا يتطوع بقربة، أو لا يقضي لفلان حاجةً له فيها فرج يسر بها؛ كان التلبس بالحنث أولى وأفضل.

وإن كانت اليمين على ما لايتعلق به أجر، وعليه في البقاء على يمينه مضرة؛ كان بالخيار بين الحنث أو الترك.

وإن كان لا أجر فيه، ولا مضرة في الترك، كالذي يحلف أن لا يدخل دار فلان، أو لا يمشي لموضع كذا، ولا مضرة عليه إن لم يحنث، ولا منفعة في حنثه؛ استحب له أن لا يفعل، وأن يبر في يمينه[3]. لأن معنى قوله: والله لا فعلت. أي: وحق الله. فبقاؤه على الوفاء بذلك أفضل.

---

(١) حسن، أخرجه الترمذي: ٣/ ٦٣، في باب تعجيل الصدقة، من كتاب الزكاة، برقم (٦٧٨).

(٢) قوله: (التنصل) في (ب): (التنقل).

(٣) في (ق٥): (قسمه).

وفي الصحيحين: قال النبي ﷺ: «**لأن يلج أحدكم بيمينه في أهله؛ آثم له عند الله تعالى من أن يعطي كفارة يمينه**»(١) يريد: فإذا حلف أن التزام الحنث واجب إن لم ينجز الطلاق لا يوفي لها بشيء من حقها.

وقال أبو موسى: قال النبي ﷺ: «**إِنِّي وَاللهِ إِنْ شَاءَ اللهُ لاَ أَحْلِفُ عَلَى يَمِينٍ، فَأَرَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، إِلاَّ كَفَّرْتُ عَنْ يَمِينِي، وَأَتَيْتُ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ**»(٢).

فأخبر أنه إنما يحنث إذا كان هو خيراً.

---

(١) متفق عليه، البخاري: ٦/ ٢٤٤٤، في كتاب الأيمان والنذور، برقم: ٦٢٥٠، ومسلم: ٣/ ١٢٧٦، في باب النهي عن الإصرار على اليمين، من كتاب الأيمان، برقم (١٦٥٥).

(٢) متفق عليه، البخاري: ٣/ ١١٤٠، في باب ومن الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين، من كتاب الخمس، برقم: (٢٩٦٤)، ومسلم: ٣/ ١٢٦٨، في باب ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها، من كتاب الإيمان، برقم (١٦٤٩).




باب
في أصناف كفارة اليمين بالله تعالى

كفارة اليمين بالله تعالى أربعةُ أصناف، حسب ما ذكره في كتابه في قوله تعالى: ﴿ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ .. ﴾ الآية [المائدة:٨٩].

والإطعام غداء وعشاء، قال مالك: ومن كفّر بالمدينة؛ فمُدٌّ بمد النبي ﷺ، وأما البلدان؛ فإن لهم عيشاً غير عيشنا؛ فليكفروا بالأوسط من عيشهم. قال ابن القاسم: وإن كفر بمد النبي ﷺ حيثما كفر أجزأه[١].

وقول مالك أبين، فإن كان قوم الوسط من عيشهم أكثر من مد النبي ﷺ، لأوسط من عيشهم. وإن كان أقل؛ جاز له أن يقتصر على الوسط من عيشهم، وأن يبلغ مد النبي ﷺ؛ لأن القرآن ورد مقيدًا. وهذا في القمح وإن كان عيشهم الشعير أو التمر؛ أخرج الوسط من عيشهم من ذلك الصنف، ولا يراعى المد. واختُلف هل يخرج مع ذلك الإدام، فقال ابن حبيب: لا يجزئه الخبز قفارًا[٢]

وفي شرح ابن مزين: يجزئه. والأول أحسن؛ لقول الله تعالى: ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ ﴾، وذلك يقتضي الإدام[٣] وغيره، ومعلوم أنه أراد بذلك الوسط في الجودة والدناءة، وإذا أخرجه بغير إدام[٤]؛ كان عدم الإدام في معنى الدناءة.

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٥٩١ و٥٩٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢١.

(٣) في (ق٥): (الأدم).

(٤) في (ت): (الأدم).

واختلف في صفة الإدام، فقيل: الزيت يجزئ من ذلك. وقال ابن سيرين: أفضله الخبز واللحم، وأوسطه الخبز والسمن، وأخشنه الخبز والتمر.

وقال ابن حبيب في الإدام: الزيت أو اللبن أو القطنية أو لحم أو بقل[1].

واختُلف هل المراد بالأهل: أهل المُكفّر، أو أهل البلد الذي هو فيه؟ فقال في المدونة: يخرج من عيش البلد الذي هو فيه[2]. وقال في كتاب محمد: من عيش المكفِّر[3].

وهو أحسن، ومحمل الآية على الأهل الأخص حتى يعلم غيره؛ ولأن إطلاق الأمر على أهله حقيقة، وعلى أهل البلد مجاز.

فإن كان يأكل القمح؛ لم يجزئه الشعير، وإن كان ذلك عيش أهل ذلك[4] البلد.

وإن كان يأكل الشعير؛ أجزأه، وإن كان عيش أهل البلد القمح.

قال ابن حبيب: إلا أن يكون فعل ذلك مع سعة، ومثله يأكل القمح؛ فلا يجزئه الشعير[5].

وأما القدر؛ فقال في المدونة: قدر قوت البلد[6]. وعلى القول الآخر أن

---

(١) قوله: (أو القطنية أو لحم أو بقل) في (ب): (أو لحما أو بقلا)، وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢١.

(٢) قوله: (الذي هو فيه) ساقط من (ق٥)
انظر: المدونة: ١/ ٥٩١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٢.

(٤) قوله: (ذلك) ساقط من (ت).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢١ و٢٢.

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٣.

محمل الآية على أهل المُكفِّر: يخرج الوسط أيضاً من قدر أكلهم. فقد يكون المكفر وأهله لهم أكل؛ فلا يجزئهم قدر ما يأكله أهل البلد. أو يكون هو وأهله قليلي الأكل؛ فلا يكون عليه[1] أن يبلغوا إلى عادة البلد، وإلى هذا ذهب ابن عباس وسعيد بن جبير والضحاك، وقالوا[2]: إن كان ممن يشبع أهله؛ أشبع المساكين العشرة. وإن كان لا يشبعهم لعجزه؛ أطعم المساكين العشرة على قدر ما يفعل مع أهله في عسره ويسره[3].

وقال محمد بن سيرين والأوزاعي وأبو عبيدة[4]: يجزئهم أكلة واحدة[5] غداء أو عشاء، وروي ذلك عن الحسن.

وفي الترمذي: أن النبي أعطى المظاهر ليكفر عن ظهاره عرقاً، قال :وهو مكتل يأخذ خمسة عشر صاعاً، أو ستة عشر صاعاً .فقال: «**أَطْعِمْ/ سِتِّينَ مِسْكِينًا**»[6]. وفي بعض طرقه: «**أنه كان تمراً**»[7]. فينوب كل مسكين مد أو[8] مد تمر قوت يومه، وحمل الآية على أقل ما يتضمنه الأمر، وهو فعل مرة.

(ب) ١٥٩/أ

وإذا أخرج[9] الوسط من شبع أهل البلد أو من شبع أهله على الاختلاف

---

(١) في (ت): (لهم).

(٢) قوله: (وقالوا) في (ب): (وقال).

(٣) انظر: تفسير الطبري: ١٠/ ٥٤٢ و٥٤٣.

(٤) في (ط): (أبو عبيد).

(٥) قوله: (واحدة) ساقط من (ق٥).

(٦) أخرجه الترمذي: ٣/ ٥٠٣، في باب كفارة الظهار، من كتاب الطلاق، برقم (١٢٠٠).

(٧) أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٥٣، في باب في نفقة المعسر على أهله، من كتاب النفقات، برقم (٥٠٥٣).

(٨) في (ق٥): (و).

(٩) قوله: (أخرج) في (ب): (أخذ).

المتقدم؛ لم ينظر إلى الفقير المعطى إن كان أكولاً لا يشبعه، أو كان فيه فضلة؛ لأنه قليل الأكل أو مريض أو صغير.

ويجوز أن يعطي الفطيم، واختُلف في الرضيع، والقياس: أن لا يجزئ[١].

ويعطي الحر المسلم الفقير الذي[٢] لا يلزم المعطي نفقته[٣].

وإن أعطى عبداً أو كافراً أو غنياً؛ لم يجزئه إن كان عالماً[٤].

واختُلف إذا لم يعلم: هل يجزئ؟ وهذا إذا فاتت، فإن كانت قائمة؛ انتُزِعت منهم، وصرفت لمن يجوز. وإن ضاعت من أيديهم لم يضمنوها، إلا أن يعلموا أنها كفارة وغروا من أنفسهم؛ فيضمنوا.

واختُلف إذا لم يعلموا وأكلوها، وصانوا بها أموالهم: هل يغرمونها؟ .

وأن يغرموها أحسن لقول النبي ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[٥]. فإذا غرموا ما صانوا به أموالهم؛ لم يضروا بشيء. وهذا على القول أنها لا تجزئ المُكفّر، وأما على القول أنها تجزئه فيغرمونها؛ لأن ذلك من باب الاستحقاق، والمستحق غير المتسلط، وهم المساكين. وأن لا تجزئه الكفارة في جميع هذه الوجوه أحسن، بخلاف الزكاة؛ لأن الكفارة في الذمة، وقد خوطب بأن يطعم المساكين أو يكسوهم، وليس بأن يخرج ذلك. وخوطب في الزكاة بأن يخرج ذلك القدر.

---

(١) في (ق٥): (لا يجوز).

(٢) قوله: (الحر المسلم الفقير الذي) في (ت): (لحر فقير مسلم).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٦

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢٥.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٧٤٥، في باب القضاء في المرفق، من كتاب الأقضية، برقم (١٤٢٩)، وأحمد في مسنده: ١/ ٣١٣، برقم (٢٨٦٧).

فإن عزله ثم ضاع؛ برئ. فالخطأ وقع على ما قد برئت ذمته منه قبل، كما لو أخطأ الإمام.

ولو ضاعت الكفارة قبل أن يعطيها لم يبرأ. وإن دفعت المرأة مدّاً من كفارتها لزوجها وهو فقير أجزأها. وكذلك إن أعطته ولدها صغاراً كانوا[1] أو كباراً؛ لأن نفقتهم غير لازمة لها.

فصل

[فيمن وجبت عليه كفارتان]

ويستحب لمن وجبت عليه كفارتان: أن يطعم عشرين مسكيناً.

فإن أطعم عشرة وكساهم؛ أجزأه. وكذلك، إن أطعم عشرة مدين مدين؛ فذلك يجزئه. وإن أطعم عشرة، ثم حنث في يمين أخرى؛ جاز أن يعطيهم الكفارة الثانية من غير كراهية.

وإن أعطى كفارة يمين أكثر من عشرة أو أقل؛ لم يجزئه لقول الله تعالى: ﴿ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ﴾ [المائدة:٨٩]، وهو مصدر أطعم، والمعنى: أطعموا عشرة مساكين. ولو كانت التلاوة طعام عشرة؛ لأشبه أن يخرج ذلك القدر، فيطعمه أكثر من عشرة أو أقل.

واختلف قول ابن القاسم إذا أطعم خمسة، وكسا خمسة، فقال في المدونة: لا يجزئه[2]. وقال في كتاب محمد: يجزئه[3].

وهو أحسن؛ لأن كل واحدة من هتين الكفارتين تسد مسد الأخرى مع الاختيار.

---

(١) قوله: (كانوا) ساقط من (ق٥).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٢.

وقال محمد فيمن عليه ثلاثة أيمان؛ فأعتق رقبة[1] وكسا عشرة، وأطعم عشرة. أو[2] أشرك في كل كفارة، فقال: يبطل العتق، ويجزئه من الإطعام عن ثلاثة مساكين، ومن الكسوة عن ثلاثة، ويكسو سبعة، ويطعم سبعة إن أحب، ويكفر عن اليمين الأخرى. وإن أحب أن يكسو ما بقي من الكفارتين، أو يطعم، قال: فليكسُ سبعة عشر، أو يطعم سبعة عشر[3]؛ لأن الذي صار له من الكفارات في الكسوة ثلاثة، و أطعم ثلاثة. وهذا غلط.

وأرى أن يحتسب بثمانية عشر على القول أن له أن يجمع في الكفارة الواحدة بين الإطعام والكسوة.

وعلى القول الآخر يحتسب بتسعة؛ لأنه أطعم عشرة عن ثلاثة أيمان، تجزئه منها ثلاثة عن كل مسكين[4]، ويبطل مسكين واحد؛ لأنه أشرك فيه. وكسا عشرة؛ يجزئه منها تسعة، ويبطل واحد للشرك فيه.

فعلى القول الأول يطعم اثني عشر أويكسوهم، أو يكسو بعضهم ويطعم بعضهم. وعلى القول الآخر هو بالخيار بين أن يبني[5] على الإطعام، فيطعم أحدا وعشرين، فيكون إطعاما كله. أو يكسوهم، فيكون جميعها كسوة.

---

(١) قوله: (رقبة) ساقط من (ت).

(٢) في (ق٥): (و).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٢.

(٤) في (ت): (يمين).

(٥) في (ق٥): (يبقي).

فصل

[في المراعى في الكسوة]

والمراعى في الكسوة الفقير في نفسه، فيكسى الرجل ثوباً تامّاً يستر جميع جسده، والمرأة ثوباً وخماراً. قال مالك: لا يجزئه أن يكسوها في كفارة اليمين، إلا ما تحل لها فيه الصلاة؛ الدرع والخمار[1].

قال ابن القصار: لأنها عورة، ولا يجوز أن يظهر منها في الصلاة إلا وجهها وكفاها. فخالف بين الكسوة والإطعام، وليس عليه أن يجعل الكسوة مثل كسوة المكفرِّ وأهله، ولا مثل كسوة أهل البلد، بخلاف الإطعام وإن كسا صبياً كسوة مثله، والصبية كسوة مثلها؛ أجزأه. فإن كانت لم تؤمر بالصلاة لم يعطها خماراً. ويستحب أن يكسو فوق ذلك السن، كما يستحب أن يعتق من صلىَّ وصام، فإن لم يفعل؛ أجزأه.

وقال محمد، عن ابن القاسم: لم يكن يعجبه أن يكسو المراضع على حال، وأما من قد أمِر بالصلاة فلم يكن يرى بكسوته بأساً قميصاً مما يجزئه قال محمد: تفسيره: كسوة رجل[2]. ومفهوم قول ابن القاسم غير هذا، أنه يكسوه في نفسه، ويلزم على قول محمد إذا لم يراع المكسو[3] في نفسه: أن يجيز أن يعطي المرأة كسوة الرجل، والرجل كسوة المرأة.

وقال ابن الماجشون، في كتاب ابن حبيب: يكسو الصبيات[4] كسوة

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢١.

(٣) قوله: (المكسو) في (ب): (الكساء).

(٤) في (ت) و (ق٥): (الصبايات).

رجل؛ قميصاً فقط، لأنهن لم يكسين ذلك، وإنما هو لانتفاعهن بثمن ما يجزئ المكفرِّ أن يكسو الكبار، وأجرى الكسوة مجرى الإطعام: أنه لا ينظر إلى ما يعطي الفقير، هل هو فوق أكله، أو أقل.

وقال ابن القاسم في العتبية: تعطى الصغيرة كسوة كبيرة، والصغير كسوة كبير[1]. وكل هذا استحسان، ولو كانت الكسوة كالإطعام يراعى فيها المكفرِّ وأهله؛ لكسا الرجل كسوة مثله. فإن كان المكفِّر ذا هيئة؛ كسا مثل ما يلبسه من أعداد القمص والعمامة، وما يعمل عليها، والسراويل والنعلين والشمشكين.

وإن كسا امرأةً؛ كسا مثل ما يكسو أهله من الثياب الحسنة والحرير والخز، إذا كانت ممن تمتهن ذلك في بيتها.

وعلى القول: أنَّ المراعى أهل البلد يكسو الرجل على الغالب من كسوة رجالهم، والمرأة على الغالب من لباس نسائهم.

وقول مالك وغيره من أصحابه أنه يعطى الرجل قميصاً تجزئه فيه الصلاة[2]، وإن كان حاسر الرأس دليلٌ على أنه لا يراعى لباس المكفِّر، ولا/ لباس أهل البلد وأن ذلك كالعتق يراعى المعتق في نفسه، والمكسو[3] في نفسه، والعتق مذكور في كتاب الظهار.

(ب) ١٥٩/ب

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ١٦٧.

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٦.

(٣) في (ق٥): (المكسى).

فصل

الكفارة بالصيام لمن عجز عن العتق والكسوة والإطعام

قال ابن القاسم: ومن كانت له دار يسكنها، أو خادم تخدمه؛ لم يجزئه الصوم فيجوز له أخذ الكفارة، ولا يجزئه الصوم[١].

قال محمد: لا يصوم؛ حتى لا يجد إلا قوته، أو يكون في بلدٍ لا يعطف عليه فيه، وقال ابن القاسم، في كتاب ابن مزيّن: إذا كان له فضل عن قوت يومه؛ أطعم، إلا أن يخاف الجوع، وهو في بلد لا يعطف عليه فيه[٢]، وجميع هذا حرج.

والمفهوم من الدين التوسعة فوق هذا، وأن لا يخرج إلى التكفف[٣]؛ لأنه من الحرج.

واختلف فيمن له مالٌ غائب: فقال ابن القاسم، في المدونة: لا يجزئه الصوم، ولكن يتسلف[٤].

وقال أشهب، في كتاب محمد: يجزئه[٥].

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٤.

(٣) في (ت): (التكليف).

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٥.

(٥) في (ت): (يجزئه الصوم)

قلت: والنص في النوادر الذي رجعنا إليه به سقط يقيمه النص هنا؛ فقد سقط منه قول أشهب، ونص ما وقفت عليه فيه قوله: (ومن له مال غائب وليس له إلا دين فليتسلف ويعتق. وقال أشهب: وقيل فإن لم يجد سلفا أو كان الدين قريبا انتظره، ولو كفر بالصيام ولم ينتظر الدين أجزأه). وهو بين التصحيف. انظر: النوادروالزيادات: ٤/ ٢٥.

وقيل: إذا كان يجيء ذلك قريباً؛ انتظر. وإن وجد من يسلفه؛ تسلف. وإن صام وهو يجد من يسلف، ولم ينتظر؛ أجزأه[١]، وأصل ابن القاسم أنه ينتظر، وإن بعد؛ لأنه قال في المظاهر لا يجزئه إلا الصوم وإن طال مرضه[٢].

وقال أشهب: يجزئه الإطعام، وهو أحسن إذا طالت الغيبة، أو طال المرض؛ لأنه يجب أن يُبرئ[٣] ذمته الآن. ويستحب متابعة صيام الأيام الثلاثة، وإن فرق أجزأه، ولا يصومها في أيام التشريق.

واختُلف إذا فعل: فقال محمد: إن صام أيام التشريق؛ لم يجزئه، وعليه الإعادة. قال: وقد وقف مالك[٤] عن ذلك[٥]، وقال: ما أدري.

قال: وأما يوم الفطر ويوم النحر؛ فواجب أن يقضيه. فسوّى بين الأيام الثلاثة في عدم الإجزاء، وفي الوقوف[٦].

وقال ابن القاسم في المدونة، في اليوم الآخر: عسى أن يجزئه[٧]. وقال المغيرة وأبو مصعب: يجزئه صيام أيام التشريق.

وقال مالك في المبسوط: من نذر اعتكاف أيام التشريق؛ اعتكفها[٨]. وهذا أحسن لحديث عمر ﵁ قال: «**هَذَانِ يَوْمَانِ نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ صِيَامِهِمَا:**

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٥.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٢.

(٣) قوله: (يبرئ) في (ب): (تبرأ).

(٤) قوله: (مالك) ساقط من (ق٥).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٤.

(٦) قوله: (الوقوف) في (ب): (الوقف).

(٧) انظر: المدونة: ١/ ٢٧٩.

(٨) انظر: المدونة: ١/ ٢٩٧.

يَوْمُ فِطْرِكُمْ مِنْ صِيَامِكُمْ، وَالآخَرُ يَوْمَ تَأْكُلُونَ فِيهِ مِنْ نُسُكِكُمْ» وحديث أبي هريرة وأبي سعيد قالا: «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ صِيَامِ يَوْمَيْنِ: الْفِطْرِ وَالأَضْحَى» أخرج هذه الأحاديث البخاري ومسلم[1] فلو كانت أيام التشريق محرمة لقالوا: خمسة أيام ولأن المتمتع يصومها ولا يصوم يوم النحر فلو كانت محرمة لم يصمها كما لم يصم يوم النحر وإذا كان ذلك حمل ما ذكر من ترك صيامها على الاستحسان لا أنها حرام.

فصل

العبد في الكفارة على ثلاثة أقسام: فلا يجزئه العتق وإن كان يأذن سيده لأن الولاء لغير المكفر ويجزئه الصوم إذا منعه السيد من الكسوة والإطعام.

واختُلف إذا أذن له في ذلك وفي يد العبد ما يكسو أو يطعم على ثلاثة أقوال فقال في المدونة إن فعل فكسا أو أطعم أجزأه وما هو بالبين والصيام أحب إلي[2].

---

(١) حديث عمر رضي الله عنه أخرجه البخاري، ولم أقف عليه في مسلم، وحديث نهي النبي ﷺ عن صيام يومين، ومن طريق أبي هريرة انفرد به مسلم ورواه مالك في الموطأ.

حديث عمر أخرجه البخاري: ٢/ ٧٠٢، في باب صوم يوم الفطر،من كتاب الصوم، برقم: (١٨٨٩).

وحديث أبي سعيد متفق عليه أخرجه البخاري حديث أبي سعيد: ٢/ ٧٠٢،في باب صوم يوم الفطر،من كتاب الصوم، برقم: (١٨٩٠) وأخرجه مسلم: / ٧٩٩، في باب النهي عن صوم يوم الفطر ويوم الأضحى، من كتاب الصيام، برقم ١١٣٨ .

وحديث أبي هريرة، أخرجه مسلم: ٢/ ٧٩٩، في باب النهي عن صوم يوم الفطر ويوم الأضحى، من كتاب الصيام، برقم ١١٣٨، ومالك في الموطأ: ١/ ٣٠٠، في باب صيام يوم الفطر والأضحى والدهر، في كتاب الصيام، برقم: (٦٦٥).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٥٩١.

وأنكر ابن حبيب قوله: أرجو أن يجزئه فقال لا بأس به لأن من كفر عن رجل من ماله بالإطعام أجزأه ولا يكون العبد إذا أذن له سيده أبعد من الأجنبي، وكذلك أخبرني مطرف وابن الماجشون، عن مالك وقال أيضا: لا يجزئه الصوم بعد[1]إذن سيده له لأنه بعد إذن السيد كالحر يملك ذلك وإنما جعل الله الصيام لمن لم يجد.

وقال ابن الماجشون في المبسوط: لا تجزئه الصدقة لأنها تخرج إلى من يعطاها فيها ملك لسيده[2] وبعدما أذن لو شاء رجع ، وهذا إنما يصح على من قال في الأجنبي إذا كفر عن غيره ألا يجزئ، والقياس أن يجزئ وقد مضى ذلك في كتاب الظهار.

---

(١) في (ت): (بغير).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠٠.

باب[1]



فيمن حلف أن لا يأكل طعاماً، أو ليأكلنه، فأكل بعضه، أو أكله بعد أن فسد، أو انتقل عن حاله بصنعة، أو غيرها، وما يتعلق بذلك



ومن حلف ليأكلنّ هذا الرغيف، فأكل بعضه؛ لم يبر؛ لأن الباقي محلوف عليه أن يأكله. وإن حلف ألا يأكله، فأكل بعضه؛ حنث؛ لأن القصد أن لا يقربه.

وقال ابن الجلاب: يتخرج فيهما قول آخر: أن لا يحنث، إلا أن يأكل جميعه.

وقال مالك في كتاب محمد، فيمن قال لامرأته، وهي حامل: إذا وضعتِ، فأنتِ طالق. فوضعت ولداً، وبقي في بطنها آخر: لم تطلق عليه؛ حتى تضع الآخر فلم يحنثه بالبعض، وقال أيضاً: يحنث بوضع الأول[2].

واختُلف فيمن قال لزوجته: إن وطئتكِ، فأنت طالق. هل يحنث بمغيب الحشفة، أم لا يحنث إلا بالوطء التام أم لا؟

وقال محمد: إن حلف أن لا يأكله كله، لم ينفعه ذلك[3].

وقال ابن سحنون فيمن حلف أن لا يهدم هذه البئر كلها: لم يحنث إلا بهدم جميعها[4].

---

(١) قوله: (باب) ساقط من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٠٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٧٧. نص النوادر والزيادات: (قال مالك في كتاب ابن المواز: من حلف لا أكل هذا القرص كله فأكل بعضه فقد حنث ولا ينفعه قوله كله).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٧٧. ونص النوادر والزيادات: (قال سحنون في كتاب ابنه في

وهذا أحسن؛ لأنه شرط الكل.

وقال مالك فيمن حلف على طعامٍ ليأكلنه، فتركه حتى فسد، ثم أكله فقد حنث إذا خرج عن حد الطعام.

وقال سحنون في العتبية: لا يحنث، إلا أن يكون أراد أن يأكله قبل أن يفسد[1].

وأرى أن يحنث لوجهين: **أحدهما**: حمله على العادة. والعادة أن يؤكل غير فاسد.

والثاني: أنه إذا فسد ذهب بعضه. ومن حلف على شيء ليأكلنه؛ لم يبر، إلا بأكل جميعه.

وإن كان خبزاً رطباً فيبس، فذلك أخف؛ لأنَّ جميعه موجود.

ويُراعى في الأيمان ستة: النية، وبساط اليمين وهو السبب الذي كان عنه[2]، والعادة في الاستعمال، والعادة في التخاطب، والعادة في المقاصد في الأيمان، وما يقتضيه اللفظ الذي حلف به في وضع اللغة.

وتراعى أيضاً اليمين في نفسها: هل هي مما يقضى بها[3] بموجب حنثها؟ وهل عليه بينة، أو هو مستفت؟ فإن كانت مما لا يقضى بها؛ ابتُدئ في ذلك بالنية، فإن لم تكن له نية؛ حمل على ما يوجبه اللفظ/ وإن كانت في التخاطب

(ب) ١٦/أ

الطلاق: فيمن حلف ألا يهدم هذا البئر بالطلاق فهدم بعضها إنه حانث، قال: إلا أن يشترط فيقول إن هدمتها كلها فهذا لا يحنث إلا بهدم جميعها).

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٤٥.

(٢) قوله: (عنه) في (ب): (عنده).

(٣) قوله: (بها): ساقط من (ت).

عادة حمل عليها؛ لأنها صارت كاللغة. وهي مقدمة على ما يوجبها ذلك اللفظ في اللغة إذا كان الحالف غير عارف بموجبها في اللغة، أو عارفاً وترك استعمالها. وهذا مع عدم العادة في الاستعمال وعدم البساط، فإن كانتا؛ كان في المسألة ثلاثة أقوال:

فقيل: يحمل على ما يوجبه اللفظ، ولا يراعى بساط ولا عادة؛ لأنَّ الحالف لم ينوهما، فلا يحمل على مالم ينو.

وقيل: يحمل على بساط يمينه دون العادة.

وقيل: يحمل عليهما، فإن اجتمعا بُدئ ببساط يمينه، فإن عُدم رجع إلى العادة، وإن كانت اليمين مما يقضى بها، ولا بينة عليه؛ كان الجواب كالأول.

وإن كانت عليه بينة؛ سُئل عن نيته، فإن ذكر ما يوجبه مجرد اللفظ، أو أكثر من موجبه؛ صُدّق، وإن ادّعى دون موجبه؛ لم يصدّق، إلا أن تكون ليمينه بساط وعادة تصدق نيته، فيُقبل قوله.

وهذا عمدة[1] ما يحتاج إليه فيما يأتي من هذه المسائل.

ومن المدونة فيمن حلف: أن لا يأكل هذه الحنطة، أو من هذه الحنطة، فأكل خبزاً أو سويقاً عُمل منها؛ حنث. قال لأن هذا هكذا في السمن يؤكل[2].

وقال ابن المواز: وإن حلف أن لا يأكل هذا القمح، فأكل منه خبزاً: أن لا شيء عليه، إلا أن يقول من هذا القمح[3] فلم يرَ عليه حنثاً، وإن عرف، فقال: هذا القمح فقال هذا. إذا عظمت الصنعة حتى جاز التفاضل بينه وبين القمح.

(١) في غير (ب) و(ت): (عقد).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٠٠.

وقد قيل في هذا الأصل: إن عرف، فقال: هذا؛ حنث. وإن نكّر ذلك، فقال: لا أكلت قمحاً، فأكل خبزاً، لم يحنث؛ لأنه إذا عين، وقال: هذا. لم تخرجه الصنعة عن أن تكون هي العين المشار إليها، ولأنها العادة فيما يؤكل عليه، وليس الشأن أن يؤكل قمحاً. ولو حلف أن لا آكل هذا الدقيق، فأكل ما عُمل منه حنث. وإن حلف لا يأكل دقيق قمح فأكل خبز قمح لم يحنث؛ لأن هذا اسم خاص وإن حلف أن لا يأكل خبزاً، فأكل كعكاً أو إسفنجة؛ حنث على موضوع التسمية؛ لأنَّ تلك الصنعة[1] خبز، ولا يحنث على ما تعارفه الناس اليوم؛ لأنهم لا يسمون ذلك خبزاً، ويحنث إذا قصد الحالف أن يضيق على نفسه، وإن حلف ألا يأكل كعكاً أو إسفنجة، فأكل خبزاً؛ لم يحنث، أو حلف لا يأكل كعكاً، فأكل إسفنجة؛ لأنه خص، وإن حلف أن لا يأكل هذا القمح فأكل ما زرع منه؛ لم يحنث، وإن كان ملكاً له، وإن كان هبة، وأراد رده، ودفع منة واهبه، فلم يفعل، وزرعه؛ حنث.

وإن رده، وزرعه واهبه؛ لم يحنث، إلا أن تكون نيته ألا يقبل منه هبة، وكذلك إن باعه، واشترى بثمنه قمحاً؛ لا يحنث إن كان ملكاً له، ويحنث إن كان هبة، وكان هذا[2] بائعه.

وإن رده، وباعه الواهب، واشترى بثمنه، فوهبه الثاني، وهو لا يعلم؛ لم يحنث، وإن علم؛ حنث؛ لأنه يتهم أن يكون عمل على بيعه.

---

(١) في (ق٥): (صناعة).

(٢) في (ق٥): (هو).

فصل

[فيمن حلف ألا يأكل لبنا فأكل سمنا أو جبنا أو ألا يأكل زبدا فأكل سمنا]

وقال محمد، فيمن حلف لا يأكل هذا اللبن، أو لا آكل لبناً، فأكل ما عمل منه من سمن أو جبن أو زبد: فلا شيء عليه[١]. وقيل: هذا[٢] حانثٌ، عرف أو نكَّر.

وفي كتاب ابن حبيب: يحنث إن عين، فقال: هذا اللبن[٣].

وإن قال: لبناً؛ لم يحنث وهو في هذا إذا نكَّر أبين أن لا يحنث من قوله قمحاً، فأكل خبزاً؛ لأن القمح لا يؤكل على حاله، فحنث بالعادة، وفي الصفة التي يؤكل عليها.

واللبن يستعمل على هيئته، وعلى الوجه الآخر، وإذا لم يعين؛ لم يحنث، إلا بما يقع عليه ذلك الاسم. وإن حلف أن لا آكل من هذا اللبن؛ حنث بما يعمل منه؛ لأنه منه.

وقال محمد: إن حلف ألا يأكل زبداً، فأكل سمناً لم يحنث[٤]. وقال أيضاً: يحنث والأول أصوب؛ لأن قوله زبداً أو سمناً أو جبناً، أسماء تخص وإن حلف ألا يأكل زبداً؛ لم يحنث بأكل اللبن، أو لا آكل سمناً؛ لم يحنث بأكل الزبد.

وقال ابن حبيب، فيمن حلف ألا يأكل الحليب: لم يحنث بالمضروب، أو

---

(١) انظر: المدونة: ٤/ ٩٧ و٩٨.

(٢) في (ت): (هو).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٠٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٩٨.

ألا يأكل المضروب؛ لم يحنث بأكل الحليب[١].

وإن حلف في شاة بعينها لا آكل من لبنها، أو لا آكل منها لبناً، أو لا آكل لبنها؛ فأكل ما يعمل منه؛ افترق الجواب. فإن حلف لا آكل من لبنها؛ حنث في كل ما يعمل منه من زبد أو سمن أو جبن.

قال ابن القاسم: كان ذلك مستخرجاً منها قبل يمينه، أو بعده فإن قال: لا أكلت لبنها؛ كان على القولين فيمن عرّف، بمنزلة من قال: لا أكلت هذا اللبن. وإن قال: لا أكلت من هذه الشاة؛ لم يحنث بأكل اللبن؛ لأن القصد أن لا يأكل من ذاتها[٢].

قال ابن ميسر: واختُلف إذا أكل من نسلها[٣].

إلا أن تكون هبة، ويقصد رد منةِ واهبها؛ حنث إن شرب لبنها. وإن باعها، واشترى بثمنها غيرها، ولم تكن هبة؛ لم يحنث. وإن كانت هبة؛ حنث إن كان هو البائع لها[٤].

قال ابن القاسم: وإن ردها، فأعطاه شاة أخرى، أو عرضاً؛ لم يحنث إذا لم يكن ثمناً لها، إلا أن تكون نيته أن لا ينتفع منه بشيء أبداً[٥].

وأرى إن باعها الواهب، واشترى بثمنها أخرى أن لا يقبلها، وإن قال: لا أكلت سمناً، فأكل سويقاً بسمن؛ حنث، إلا أن تكون له نية في السمن الخالص.

---

(١) قوله: (بأكل الحليب) في (ت): (بالحليب). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٠٤.

(٢) انظر: النواد ر والزيادات: ٤/ ٩٧ و٩٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٩٩.

(٤) في (ق٥): (لها).

(٥) انظر: المدونة: ١/ ٦١٣.

وإن حلف أن لا يأكل خلاً، فأكل مرقاً فيه خلٌ؛ لم يحنث، إلا أن تكون نيته أن لا يأكل طعاماً خالطه خلٌ. فأحنثه في السمن؛ لأن عينه قائمة، وطعمه موجود، بمنزلته قبل أن يخلط، ولو أراد تمييزه من السويق ميزه بالماء، وليس كذلك الخل.

وقد اختُلف في ذلك: فقال محمد في السمن: إن كانت سبب يمينه مضرة السمن؛حنث، وإن كان لأنه قيل له: إنك لتشتهيه؛ لم يحنث[1] وليس هذا بالبين؛ لأنه يبلغ شهوته إذا أكله في سويق.

وقال ابن ميسّر: إن لم يجد طعم السمن؛ لم يحنث[2]. يريد: لقلته، وهذا أشبه.

يُختلف فيه بعد ذلك قياساً على اللبن إذا خلِط بطعام؛ حتى صار مستهلكاً، هل تقع به الحرمة، وكذلك الخل.

فصل

[فيمن حلف ألا يأكل بسرا فأكل رطبا أو لا يأكل رطبا فأكل تمرا]

وقال ابن القاسم، فيمن حلف أن لا يأكل بسراً، فأكل رطباً، أو أكل رطباً، فأكل تمراً؛ لم يحنث[3].

وقال ابن وهب: يحنث. قال:[4] وهو/ بمنزلة الشحم من اللحم. وقال (ب) ١٦٠/ب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٨٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٨٥.

(٣) انظر: المدونة: ١/ ٥٩٩.

(٤) قوله: (قال) ساقط من (ق٥).

محمد: إذا أكل ما يخرج من المحلوف عليه فلم يره ابن القاسم إلا في الشحم من اللحم، والمرق من اللحم، والنبيذ من التمر، والعصير من العنب، والخبز من القمح، وما سوى هذه، فلا شيء عليه فيما يخرج من المحلوف عليه، إلا أن يقول منه[١].

وفي الواضحة: إن عين، فقال: هذا الرطب، فأكل من تمره، أو هذا البسر فأكل من رطبه، أو هذا الكرم فأكل من زبيبه؛ حنث. فإن نكَّر، فقال: لا أكلت رطباً؛ لم يحنث بالتمر، أو عنباً؛ لم يحنث بالزبيب[٢].

وعلى ما تقدم فيمن حلف أن لا يأكل هذه الحنطة، فأكل من خبزها؛ لا يحنث هذا، وإن عين، وقول ابن القاسم في هذا أحسن، وإن قال: لا أكلتُ من هذا البسر، فأكله رطباً، أو هذا الكرم فأكل من زبيبه[٣]؛ حنث.

واختُلف إذا قال: من هذا الطلع، فأكل من بسره أو رطبه.

فقال محمد: استحسن أشهب أن لا حنث عليه، لبعد ما بينهما في الطعم والمنفعة والاسم[٤] وهو أحسن؛ لأنَّ مِن تكون لإبانة الجنس وللتبعيض، فعلى كلا الوجهين لا يؤثر في هذا السؤال "مِنْ" لأنه إن أراد إبانة الجنس فلا شيء عليه في غيره.

وإن جعلها للتبعيض، فإنما هي لتبعيض الموجود، لا لغير ذلك. ومن جعلها فيما يتولد منه؛ لم يجعلها لتبيين الجنس[٥]، ولا للتبعيض. وإذا أدخل مِن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٩٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٩٩.

(٣) قوله: (هذا الكرم فأكل من زبيبه) في (ت): (تمراً).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٩٨ و٩٩.

(٥) قوله: (لتبيين الجنس) في (ق٥): (في الجنس).

فلا يختلف أنه يحنث بالبعض.

واختُلف إذا أسقطها: هل يحنث بالبعض؟ وكذلك، إن حلف أن لا يأكل من هذه الشاة، فأكل ولدها؛ حنث على قول[١] ابن القاسم، ولم يحنث على أصل أشهب؛ لأنه لم يجعلها لما يتولد في المستقبل، وإنما هي للتبعيض فيما هو موجود، إلا أن يكون حاملا[٢] وقت يمينه.

وإن قال: لا أكلت من البسر؛ لم يحنث بأكل الرطب ولا التمر[٣]؛ لأنَّ المراد هاهنا الجنس. ولو[٤] قال في نخلة بعينها: لا أكلت من بسرها، أو لا أكلت منها بسراً، أو لا أكلت بسرها، فأكل من رطبها أو تمرها؛ حنث إذا قال: من بسرها، ولم يحنث إذا قال: لا أكلت منها بسراً.

ويختلف إذا قال: لا أكلت بسرها؛ لأنه قد عرف، ولم يقل: مِن، وأن لا شيء عليه أحسن. وإن قال: لا أكلت بسرها، فأكل بلحها؛ لم يحنث، إلا أن تكون نيته اجتنابها.

وقال محمد: إن حلف ألاّ يأكل زبيباً أو تمراً فشرب نبيذهما حنث، إلا أن تكون له نية، ولا بأس بخلهما لبعد منافعهما ولطول أعمالهما. فأحنثه إذا شرب نبيذهما. وإن نكّر فهو إذا عين أبين أن يحنث على أصله. ويجري فيها الخلاف المتقدم، وألا يحنث إن عرف قياساً على من حلف في اللبن، وعين أن لا يحنثه في الزبد.

---

(١) في (ق٥): (ما قال).

(٢) في (ت): (جاهلا).

(٣) قوله: (بأكل الرطب ولا التمر) في (ب): (كأكل الرطب والتمر).

(٤) قوله: (ولو) في (ب): (وإن).

وعلى قول ابن حبيب يحنث إن عين[١]، يحنث إن نكّر لمفارقة الاسم والطعم ومباينته لطعم الأصل أكثر من مباينة طعم الزبد من السمن.

فصل[٢]

[فيمن حلف ألا يأكل لحما هل يحنث بأكل الشحم؟]

وإن حلف أن ألا يأكل لحماً حنث بأكل الشحم، ولا يحنث إذا حلف ألا يأكل شحماً بأكل اللحم؛ لأن اللحم اسم شامل يدخل فيه الشحم واللحم. والشحم اسم خاص، ولا يسمى الشحم بانفراده لحماً.وإن حلف ألا يأكل لحماً، فأكل مرق اللحم حنث.

قال محمد: لأنه مما صار فيه من اللحم ودك وإن حلف ألا يأكل شحماً؛ لم يحنث بأكل مرق اللحم.

وإن حلف ألا يأكل لحماً؛ حنث عند مالك بأكل لحوم الأنعام والوحش والطير والحوت، قال[٣]: قال الله تعالى: ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾ [النحل:١٤][٤].

وقال أشهب في المجموعة: لا يحنث إلا بأكل لحم الأنعام الأربع خاصة، دون الوحش وغيره وقال ابن القاسم: إن حلف ألا يأكل رؤوساً، فأكل رؤوس السمك، أو لا آكل بيضاً، فأكل بيض السمك، أو الطير؛ حنث بكل ما يقع عليه ذلك الاسم، إلا أن تكون له نية.

---

(١) راجعْ ما مر مما نقله المؤلف من قول ابن حبيب في الواضحة سابقا: (إن عين، فقال: هذا الرطب، فأكل من تمره.....).

(٢) قوله: (فصل) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ق٥).

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٦٠١.

وقال أشهب: لا يحنث، إلا برؤوس الأنعام الأربع؛ لأنّ عليها تقع الأيمان، ويحنث ببيض الطير استحسانا، وليس بالقياس، قال: والفرق بين ذلك بعد ما بين رؤوس الضأن والطير، وقرب[1] ما بين الدجاج والطير، ومنه: ما يشبهه[2] في الخلق والطعم. ولم يحنثه ببيض الحوت. ووافقه ابن حبيب في جميع ذلك[3]، أعني[4]: الرؤوس والبيض يريد: أن العرف اليوم في اللحم غير الحيتان، ولو قال قائلٌ: اشتريتُ لحماً أو أكلتُه؛ لم يُستفسر. هل هو لحم[5] حيتان، ولو قال: اشتريت لحماً وحيتاناً، لم يعد ذلك منه تكراراً لما تضمنه[6] اللفظ الأول.

وقوله في الوحش ليس بحسن؛ لأنه مقارب للأنعام في الطعم، ومنه: كثير يوافقه في الخلق، كما قال في البيض: أنه يحنث بغير بيض الدجاج، وإن لم يكن غالباً؛ لأنه مقارب لها بخلاف بيض الحوت. ولأنه يحنث بلحم الإبل، وإن كان أكلها في الحواضر من النادر.

وقد قال أبو حنيفة: لا يحنث إلا بأكل رؤوس الغنم والبقر دون الإبل[7]، وقال أبو يوسف: لا يحنث، إلا بأكل رؤوس الغنم خاصة[8].

وإن حلف ألا آكل حيتانا لم يحنث بأكل لحم ذوات الأربع لأنه خص وكما

---

(١) قوله: (وقرب) في (ب): (وفرق).

(٢) قوله: (يشبهه) في (ب): (يشبه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٠١.

(٤) قوله): أعني) في (ت) (يعني).

(٥) قوله: (لحم) ساقط من (ق٥).

(٦) في (ق٥): (انتظمه).

(٧) انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف: ٢/ ٨٩٥.

(٨) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٠١٩.

لو حلف ألا يأكل لحم بقر لم يحنث بأكل لحم الغنم.

فصل

[فيمن حلف ألا يأكل إداما]

وإن حلف ألا يأكل إداماً حنث بكل ما هو عند الحالف إدام، ولكل قوم عادة.

وقال محمد: يحنث بأكل السمن والعسل والخل والزيت والودك والشحم والزيتون والجبن والحالوم والطير والسلجم والمربى والشيراز، وما أشبه ذلك. قال: ولا أرى أن يحنث بالملح الجريش ولا المطيّب، وإن كان قد أحنثه بعض أهل العلم به(١).

وأرى أن يحنث بأكل اللحم كما أحنثه بأكل الشحم(٢)؛ لأن كل ذلك مما يؤتدم به.

قال: وإن حلف لا يأكل فاكهة، فإنَّ من ذلك: النخل والعنب والرمان والبطيخ والقصب والفول الأخضر والموز والأترُجِّ والتمر عنده(٣)، بجمع الاقتيات والتفكه.

وقد قيل: لا يحنث في النخل والرمان لقول الله سبحانه: ﴿ فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخۡلٌ وَرُمَّانٌ ﴾ [الرحمن:٦٨] فحمل المراد على ظاهر التلاوة إذ هو المفهوم من القرآن وأوقع عليه الحنث في القول الأول للعادة في اتفاق الأزمنة في خروجها معا وللعرف عند الناس أنها من الفاكهة(٤).

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٠٦.

(٢) قوله: (بأكل الشحم) في (ق٥): (بالشحم).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٠٦.

(٤) من قوله: (وقد قيل) إلى هنا ساقط من (ب) وملحق في هامش (ت).

فصل

فيمن حلف ألا يأكل خبزا

وقال ابن القاسم فيمن حلف ألا يأكل خبزاً أو زيتاً، أو خبزاً أو جبناً، فأكل أحدهما: حنث[١].

وقال أشهب: لا يحنث[٢]. وهو أبين؛ لأن الزيت والجبن مؤتدم. والمراد: أن لا يأكل الخبز مؤتدماً بأحد هذين.

ولو حلف ألا يأكل خبزاً أو كعكاً، أو لا آكل جبناً وزيتاً؛ حنث بأكل أحدهما؛ لأن كل واحد من هذين لا يؤكل بالآخر.

وقال فيمن حلف لا يكسو امرأته هذين الثوبين، ونيته أن لا يكسوها إياهما جميعاً، فكساها أحدهما:/ حنث[٣]. يريد: أنه نوى أن لا يكسوهما إياها مجتمعين، ولا مفترقين.

(ب ١٦١/أ)

وإن نوى أن لا يجمعهما لها؛ لم يحنث إن كساها أحدهما. وإن حلف لا كساها ثوبين، ولم يقل هذين الثوبين؛ لم يحنث إن كساها واحداً. ومفهوم قوله: أن لا يجمع لها اثنين في كسوة، ليس أن لا يكسوها أبداً.

وقال ابن القاسم: قال مالك فيمن حلف أن لا يهدم هذه البئر، فهدم منها

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٠و ٦٠١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٨٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٨٣. في المدونة: (سمعت مالكاً يقول في رجل قال لامرأته: أنت طالق إن كسوتك هذين الثوبين ونيته أن لا يكسوها إياهما جميعاً فكساها أحدهما: إنها قد طلقت عليه).

حجراً واحداً: حنث[١]؛ لأن القصد عنده أن لا يقربها بشيء من ذلك. ولا يحنث بمجرد اللفظ؛ لأنه لا يقع عليها بذلك اسم انهدام.

وقال مالك في النوادر فيمن حلف ليهدمن هذه البئر: فلا يبر بهدم حجرين ولا ثلاثة، إلا أن يهدم جميعها، أو يهدم ما هو إبطال لها وفساد[٢].

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٧٩.

باب[1]



فيمن حلف على رجل لا كلّمه أو ليكلمنّه، أو لا هجرته أو لأهجرنه[2]



ومن حلف لا أكلمَّ فلاناً، فسلَّم عليه؛ حنث. وإن كانا[3] في صلاة لم يحنث الحالف بالتسليمة الأولى، كان الحالف إماماً أو مأموماً.

واختلف في التسليمة الثانية: فقال مالك في المدونة: لا حنث على الحالف إذا كان مأموماً، فرد على الإمام[4].

وقال في كتاب محمد: يحنث. وقال أيضاً: إن كان الإمام الحالف، فسلَّم تسليمتين حنث، وقال ابن ميسر: لا يحنث[5].

وهذا الخلاف إذا كان المأموم عن يسار الإمام وأسمعه؛ لأنَّ ثانية الإمام يشير بها إلى اليسار، فلم يحنث بالأولى؛ لأن القصد بها الخروج من الصلاة، وهو الذي يعرفه الناس في المراد بها، وحنث بالثانية على القول بمراعاة الألفاظ؛ لأن السلام كلام، ولم يحنث على القول[6] بمراعاة المقاصد.

قال ابن القاسم: وإن تعايا الإمام، فلقنَّه الحالف وهو مأموم؛ حنث[7].

---

(١) قوله: (باب) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (هجرته أو لأهجرنه) في(ب): (هجره أو ليهجرنه).

(٣) قوله: (كانا) في (ب): (كان).

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٢٩.

(٦) قوله: (على القول) ساقط من (ب).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٣٠.

واختُلف فيمن حلف ألا يكلم فلاناً، فكلمه بحيث يسمع، فلم يسمعه لشغل أو غيره. أو كان نائماً[١]، فصاح به، فلم يستيقظ. فقال ابن القاسم مرة: يحنث؛ لأن ذلك كلام منه له. وقال مرة: لا حنث عليه[٢]؛ لأن القصد مقاطعته، وإذا لم يسمعه لم تقع مواصلة.

فصل[٣]

[إن حلف ليهجرنه ثم كلمَّه]

وإن حلف ليهجرنّه، ثم كلمَّه؛ لم يحنث، وليس عليه أن يهجره عقيب يمينه، ومتى هجره بعد ذلك برّ.

وإن حلف لا يكلمه، فكلّمه بعد يمينه حنث؛ لأنه حلف لا يوجد منه فعل، فمتى وجد منه حنث. والأول حلف ليفعلن في المستقبل، فمتى وجِد منه بر.

واختُلف إذا حلف ليهجرنّه في القدر الذي يبر به، ففي كتاب محمد: يهجره شهراً، وفي العتبية والواضحة تجزئه ثلاثة أيام[٤]؛ لقول النبي ﷺ: «**لاَ يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلاَثِ لَيَالٍ**»[٥]. فأوقع على هذا القدر اسم الهجران؛ ولأنها مدة تقع بها الوحشة، وفيها تقاطع لمن

---

(١) في (ط): (ناسياً).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٣٠.

(٣) قوله: (فصل) ساقط من (ب).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤١، والبيان والتحصيل: ٦/ ٢١٩.

(٥) متفق عليه، البخاري: ٥/ ٢٢٥٣، في باب ما ينهى عن التحاسد والتدابر من كتاب الأدب، برقم (٥٧١٨)، ومسلم: ٤/ ١٩٨٤، في باب تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر، من كتاب البر والصلة والآداب، برقم (٢٥٦٠).

عادتهما الاجتماع كل يوم. وإن كانت عادتهما قلة اللقاء؛ لم يبر، إلا أن تمر مدة الغالب أنهما يلتقيان فيها، ويريان ذلك تقاطعاً.

واختلف إذا حلف ليطيلن هجرانه: فقال محمد: يهجره سنة. وقيل: شهر يجزئه[1]. وقول محمدٍ احتياطٌ، ليس أنه لا يجزئه دون ذلك. فإن كان بينهما مصادقة ومصافاة فالشهر طولٌ وتلحق فيه المشقة. وإن لم يكونا على ذلك فالشهر قليل. ومن حلف ليهجرنه اليوم، فسلَّم عليه؛ حنث.

وإن حلف لأهجرنّه، فسلَّم عليه، ووقف عن كلامه؛ كان على الخلاف، فمن راعى الألفاظ لم يحنثه، ومن راعى المقاصد حنثه؛ لأن وقوفه عن بعض عادتهِ هجرانٌ.

فصل

[فيمن حلف ألا يكلم فلانا أياما أو شهورا أو سنين]

ومن حلف ألا أكلِّم فلاناً أياماً أو شهوراً أو سنين؛ أجزأه من كل صنف سماه ثلاثة من صنف ذلك العدد؛ ثلاثة أيام أو ثلاثة أشهر أو ثلاث سنين، إلا أن يريد التطويل من كل شيء سماه، فلا يجزئه إلا ما يرى أن فيه تطويلاً.

واختُلف إذا أتى بذلك على وجه التعريف، فقال: لا أكلمك[2] الأيام أو الشهور أو السنين؛ فقيل[3]: إن قال لا أكلمتك الشهور تجزئه سنة، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ ٱلشُّهُورِ عِندَ ٱللَّهِ ٱثْنَا عَشَرَ شَهْرًا﴾ [التوبة:٣٦]. وقيل: لا يكلمه الأبد. وإن حلف لا يكلمه الأيام؛ لم يكلمه الأبد، لقول الله تعالى: ﴿بِمَآ

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤١.

(٢) قوله: (أكلمك) في (ب): (كلمته).

(٣) في (ت): (فقال).

أَسْلَفْتُمْ فِي ٱلْأَيَّامِ ٱلْخَالِيَةِ ﴾ [الحاقة:٢٤] وعلى القول في الحالف على الشهور تجزئه شهور السنة يجزئ الحالف على الأيام أيام الجمعة السبعة. وإن قال: لا أكلمه السنين؛ لم يكلمه الأبد. وإن قال: لا كلمتك حيناً أو الحين؛ لم يكلمه سنة.

والحين يقع على الوقت يقل ويكثر، قال الله تبارك تعالى: ﴿ فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴾ [الروم:١٧]، فهذا وقت الصلاة. وقال الله تعالى: ﴿ تُؤْتِيَ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا ﴾ [إبراهيم:٢٥]، وقال تعالى: ﴿ هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ ﴾ [الإنسان:١]، وقال تعالى: ﴿ وَمَتَّعْنَٰهُمْ إِلَىٰ حِينٍ ﴾ [يونس:٩٨]. قيل: إلى يوم القيامة.

ومن(١) قال: لا كلمتك إلى حين، فأتى به على لفظ التكره، فإنما يريد وقتاً فيه طول، فإذا وقف عن كلامه مدةً فيها طول؛ أجزأه. وإن كانت دون سنة. وإذا قال: دهراً أو زماناً أو عصراً؛ لم يكلمه سنة.

واختُلف إذا عرف، فقال: الدهر أو الزمان أو العصر، فقيل: تجزئه سنة كالأول.

وقال الداودي: الأكثر في الزمان والدهر: مدة الدنيا. يريد: الأكثر من القول.

وقال مالك في كتاب ابن حبيب في الدهر: أكثر من سنة. قيل لمطرف: فسنتان؟ قال: قريب، وما أوقت فيه وقتاً(٢).

وعند ابن شعبان في العصر: بقاء الدنيا، واحتج بقول الله تعالى:

---

(١) في (ط): (وما).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤١.

﴿ وَٱلْعَصْرِ ﴾ [العصر: ١].

وكذلك أرى في الدهر، وأما الزمان؛ ففيه إشكال.

وقال مالك في العتبية، فيمن حلف لا يفعل شيئاً في هذه السنة، وقد مضى نصفها[1]، قال: يأتنف اثني عشر شهراً من يوم حلف، إلا أن تكون له نية في بقيتها[2] وفيه نظر؛ لأنَّ قوله هذه يقتضي عين تلك السنة، إلا أن يكون الباقي يسيراً، فيكون دليلاً على أن المراد سنة مؤتنفة.

---

(١) في (ق٥): (بعضها).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٧٢.

باب



فيمن حلف لا أكلم فلاناً أو ليكلمنه أو إن أخبره أو ليخبرنه؛ فكتب إليه أو أرسل إليه رسولاً



وقال مالك في المدونة، فيمن حلف لا أكلم فلاناً، فكتب إليه، أو أرسل إليه رسولاً؛ يحنث[1].

وقال أشهب في كتاب محمد: لا حنث عليه فيهما؛ يعني الكتاب والرسول، وروى ابن القاسم وأشهب، عن مالك: أنه يحنث/ في الكتاب دون الرسول[2].

(ب) ١٦١/ب

وكل هذا الاختلاف مع عدم النية.

واختلف بعد القول أنه حانث إن ادعى النية، وأنه أراد ألا يشافهه على ثلاثة أقوال: فقال في المدونة: له نيته، ثم رجع، فقال: لا أنويه في الكتاب[3]. وقال محمد: وقد قال قبل ذلك: لا نية له، ثم رجع إلى إن نوّاه في الرسول.

فلم يحنثه أشهب مع عدم النية، وحمله على موجب اللفظ؛ لأنه لم يكلمه في الحقيقة، وإنما كلم الرسول، أو كتب أحرفاً، صورها يفهم منها مراده.

ورأى مالك أن القصد المقاطعة والمهاجرة، ليس الكلام خاصة، فإذا كاتبه أو راسله، لم تكن مهاجرة تامة، ثم لم ينوِّه؛ لأنه لم يحنثه بمجرد اليمين، وإنما حنث بالمعتاد، وأن القصد المقاطعة، فكأنه ادعى ما تكذبه فيه العادة، وادعى ما لا يشبه.

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٢٥.

(٣) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٢.

وصدقه مرة؛ لأن من الناس من يقصد هجراناً دون هجران، فيكتب ويراسل ويقف عن المشافهة وهذا أحسن، ولا فرق بين الكتاب والرسول.

والقول أن الذي في الكتاب لفظه غير صحيح؛ لأن الإنسان يكتب ولا ينطق، ولو نطق ما زاد معنى، ولصار ذلك المكتوب كلامه.

وقال ابن حبيب: وإن وصل الكتاب إلى المحلوف عليه، فقرأ عنوانه؛ حنث[1] وإن لم يقرأه، وأقام عنده سنين؛ لم يحنث ولا وجه لهذا؛ لأنه إذا حنث بالمكاتبة لأنها ضرب من المواصلة، وترفع[2] بعض المقاطعة، فذلك يقع بنفس وصول الكتاب من الحالف، وإن لم يقرأ. وإن كتب المحلوف عليه إلى المحلوف، فلم يقبل كتابه؛ لم يحنث.

واختُلف إذا قبِله وقرأه: فقال ابن القاسم: يحنث. وقال أيضاً، لا يحنث. وقاله أشهب[3] وهو أحسن؛ لأن الكلام من المحلوف عليه لا يحنث به الحالف، وكذلك لو اجتمع معه، وكلمه ولم يجاوبه؛ لأنه إنما حلف لا كلمت فلاناً[4]، ولم يحلف لا كلمني.

ولو حلف ليكلمنّه فكتب إليه، أو أرسل إليه رسولاً؛ لم يبر، لأنه لم يكلمه. وهذا مما يبين الأول إذا حلف لا أكلمه فكتب إليه أنه لم يحنث بمجرد اليمين.

ولو كان الكتاب ككلامه لبر به إذا حلف ليكلمنه، وإن حلف ليعلمنه أو

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٢٦.

(٢) في (ت): (تدفع).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٢٥.

(٤) قوله: (كلمت فلاناً) في (ت): (كلمته).

ليخبرنه، فإنه يبر بالكتاب والرسول.

وإن حلف لا أُعلمه، أو لا أخبره، فكتب إليه، أو أرسل إليه؛ حنث.

وقال ابن القاسم، فيمن حلف لرجل إن علم كذا وكذا، ليخبرنّه أو ليعملنّه، فعلماه جميعاً، فلم يعلمه: فهو حانث[1]؛ يريد: إذا لم يعلم الحالف بعلم المحلوف عليه، وإن علم لم يحنث، إلا على من راعى الألفاظ.

وقال مالك، في رجل أسرّ إلى رجل سراً، واستحلفه أن لا يخبر به أحداً، فأخبر المحلوف له رجلاً بذلك السر، فانطلق ذلك الرجل، فأخبر الحالف، فقال الحالف: أخبرني به، وما ظننت أنه أخبر به أحدا غيري. قال: فهو حانث[2]، وهذا صواب؛ لأن الإنسان يقصد أن يسر أمراً لجماعة، ولا يخبر كل واحد منهم بما أطلع عليه الآخر.

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٩.

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٩.



باب

فيمن حلف لا أساكن فلاناً[1] أو على دار هو فيها أن لا يسكنها، أو لينتقلنّ منها أو لا يدخلها، أو لا يركب هذه الدابة، أو لا يلبس هذا الثوب وهو راكب أو لابس للثوب، أو قال: أنتِ طالق إن حضتِ أو نمتِ أو حملتِ وهي حائض أو نائمة أو حامل



ومن حلف لا يساكن رجلاً، وهما رفيقان في بيتٍ خرج عن تلك الدار، إلا أن تكون دار جامعة كالفنادق وديار الغلات؛ فلا شيء عليه إن انتقل إلى بيت آخر، إلا أن يكون سبب يمينه لا يرفعه إلا الخروج عن تلك الدار.

وإن حلف وهما في دارين في محلة، انتقل إلى أخرى بحيث يرتفع ما كان الشر أو سبب اليمين عنه، وإن كانا في محلتين وكانا[2] في مدينة فلا شيء عليه، إلا أن ينتقل إلى قرية بحيث لا يقع عليه مساكنته.

وإن كانا في قرية انتقل إلى أخرى؛ لأن القرية كالمحلة.

وقال في رجل وقع بين زوجته وأخته شر، فحلف لا تساكنها[3]، فسكنا في دارٍ، أحداهما في السفل والأخرى في العلو؛ فلا شيء عليه. وقال: إن حلف، وهما في دار فضرب بينهما حائطاً: لا يعجبني[4]. وقال ابن القاسم: لا

---

(١) قوله: (لا أساكن فلاناً) ساقط من (ب)، وفي (ت): (لا ساكن فلاناً).

(٢) قوله: (وكانا) في (ب): (أو كان).

(٣) قوله: (لا تساكنها) في (ق٥): (أن لا يتساكنا).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤٣.

حنث عليه[١].

فخاف مالك أن يكون ذلك أقرب في وصول الكلام والمعاياة والمقابلة[٢] من العلو والسفل.

ولو قيل في المسألة الأولى أن يبعد بينهما إلى دار أخرى؛ لكان أحسن. لأن العلو والسفل لا يرفع المعاياة والشر، ولو كان سبب اليمين ما يقع من الاختلاط فيما احتاج كل واحد منهما من ماعون الآخر، أو لأن أحدهما خون صاحبه لم يكن عليه شيء إذا ضرب بينهما بحائط، أو سكّن أحدهما في العلو والآخر في السفل.

ومن حلف ألاّ أساكن فلاناً، فزاره؛ لم يحنث، قال مالك: وليست[٣] الزيارة سكنى[٤] وينظر إلى ما كانت عليه يمينه، فإن كان بما يدخل بين العيال فذلك أخف، وإن كان أراد التنحي عنه فهو أشد[٥]، ولم يقل يحنث؛ لأنه قد تنحى عنه، ولو حمل أمره على المقاطعة لحنث إذا لقيه فكلمه.

فصل

[فيمن حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فيها]

وقال فيمن حلف، لا سكن[٦] هذه الدار، وهو ساكن فيها: يخرج مكانه، وإن كان في ليل لم يمهل؛ حتى يصبح، إلا أن ينوي ذلك، ثم يتعجل ما

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٣.

(٢) زيادة من (ت).

(٣) في (ق٥): (وليس).

(٤) في (ق٥): (بسكنى).

(٥) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٣.

(٦) قوله: (لا سكن): في (ق٥): (أن لا يسكن).

استطاع، فإن لم يجد إلا بالغلاء أو ما لا يوافقه، فإنه ينتقل إليه، فإن لم يفعل؛ حنث[١].

وهذا على مراعاة الألفاظ، ومن راعى العادة كان له أن يمهل حتى يصبح، وينتقل إلى ما ينتقل إليه مثله.

وقال أشهب في كتاب محمد: لا يحنث في أقل من يوم وليلة[٢]؛ يريد: حتى يستكمل يوماً وليلة، فحينئذ يحنث.

وقال أصبغ: حد المساكنة بعد اليمين يوم وليلة، فإن سكن أكثر حنث[٣].

وقول مالك محتمل أن يكون القصد من الحالف في مثل ذلك اجتنابها، وأن زيادة السكنى وإن قلّ، سكنى لما كان مضافاً إلى ما تقدم.

وراعى أشهب وأصبغ ما يقع عليه اسم سكنى لو ابتدأ سكناها.

ولو حلف لا أسكنها، وليس هو فيها؛ لم يحنث عند أشهب؛ إن أقام ما دون يوم وليلة، ولم يحنث عند أصبغ، إلا أن/ يزيد على يوم وليلة.

(ب) ١٦٢/أ

ولو حلف ليسكنّها؛ لبرّ على قول أشهب إذا أقام يوماً وليلة، ولم يبر عند أصبغ، إلا أن يزيد على ذلك[٤]. وعلى مراعاة المقاصد لا يبر إلا أن يطول مقامه، وما يرى أن الحالف يقصده. ولو حلف لينتقلن؛ لم يحنث بالتمادي في السكنى.

قال في كتاب محمد: فإن أقام ثلاثة أيام يطلب منزلاً فلم يجد، أرجو أن لا

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤٧.

(٤) قوله: (ولم يبر عند أصبغ، إلا أن يزيد على ذلك) ساقط من (ت).

شيء عليه.قيل: فإن أقام شهراً؟ قال: إن توانى في الطلب خفت أن يحنث.

وفي الواضحة: لا يحنث، وإن أخر الانتقال[١].

وهذا هو الأصل فيمن حلف ليفعلنّ، إلا أن يكون قصد الحالف على الانتقال، إنما هو كراهية البقاء. فإذا تراخى عن القدر الذي أراد حنث، فإن حلف لا أسكنها، فخرج، ثم رجع فسكن؛ حنث.

وإن[٢] حلف لينتقلن، فانتقل، ثم رجع؛ لم يحنث، لأن الأول حلف، أن لا توجد منه سكنى، فمتى وجد ذلك منه؛ حنث. والآخر حلف ليفعلن، فإذا فعل ذلك مرة؛ بر.

قال مالك في كتاب محمد: إذا خرج يقيم شهراً[٣]. ولو أقام خمسة عشر يوماً؛ لأجزأه. وقال محمد: إن حلف لينتقلن من هذا البلد؛ خرج إلى موضع تقْصر فيه الصلاة، ويقيم شهراً.قال: وهذا استحسانٌ، والقياس أن يخرج إلى ما لا يجب عليه فيه إتيان الجمعة، فيقيم ما قلّ، ثم يرجع[٤]. ولو حلف ليسافرن؛ لم يبر إلا بمدة تقصر فيها الصلاة.

وعلى قول محمد إن حلف لينتقلن من هذه الدار، فرجع عن قربٍ؛ لم يحنث.

ومن حلف لا أسكن هذه الدار؛ انتقل بنفسه وعياله ومتاعه. وإن نقل متاعه دون عياله حنث.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤٩.

(٢) في (ق٥): (ومن).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٥٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٥٠.

واختُلف إذا نقل عياله دون متاعه: فقال ابن القاسم في المدونة: يحنث[(١)].

وقال في كتاب محمد: إلا أن يتصدق به على صاحب المترل، فلا يحنث. وإن ترك ما لا حاجة له به مثل الوتد والمسمار؛ لم يحنث تركه عمداً أو نسياناً[(٢)].

وقال أشهب: إن ترك متاعه؛ لم يحنث[(٣)]؛ وأراه ذهب في ذلك لقول الله تبارك تعالى: ﴿ لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُواْ بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَٰعٌ لَّكُمْ ﴾ [النور:٢٩] فنفى عنه اسم السكنى إذا لم يكن فيها إلا المتاع.

وكذلك، إن حلف لا أسكنها، فاختزن فيها؛ حنث عند ابن القاسم، ولم يحنث عند أشهب.

وقيل: إن حلف ليسكننها؛ لم يبر، إلا أن يسكنها بنفسه وعياله ومتاعه، فإن لم يسكن بمتاعه وعياله[(٤)] حنث[(٥)] بما لا يبر به. وأرى أن يبر، وإن لم يسكن بمتاعه.

وإن حلف لا يسكنها، وهو فيها بكراء أو بعارية، وكان السبب من مالك الدار، فأبقى متاعه؛ حنث، لأن القصد رفع منته، أو الخروج من كرائه.

وإن كان السبب اختلافه مع جيرانه؛ لم يحنث بترك متاعه.

وكذلك، إن كان في سكنٍ يملكه، فتقاول مع جيرانه؛ لم يحنث بترك متاعه.

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤٨، والبيان والتحصيل: ٣/ ١٦٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٤٨.

(٤) قوله: (فإن لم يسكن بمتاعه وعياله) ساقط من (ت).

(٥) في (ت): (فيحنث).

وإن اكترى هناك مخزناً؛ لم يحنث.

وإن كان سبب اليمين اختلافه مع من في ذلك المسكن لما يقع بين النساء والصبيان؛ لم يحنث بترك متاعه. وإن كان لأنه خونه؛ حنث.

وقد يستخف بقاء المضطر يكون له فيها الطعام؛ لأنه ليس من العادة الانتقال به.

ومن حلف لينتقلن من هذه الدار؛ لم يبر بنقل عياله، ومحمله على نقل جميع ما فيها، وهو في هذا أشد من يمينه أن يسكنه.

وإن حلف إنْ[1] انتقلَ منه، فنقل عياله أو[2] متاعه؛ حنث.

وإن حلف لا أسكن هذه الدار لأمر كرهه منها، ثم بيعت، فسكنها؛ حنث.

وإن كان السبب المالك لها؛ لم يحنث. وإن حلف على رجل، لا دخل هذه الدار، وقد ابتدأ في الدخول؛ حنث إن تمادى.

واختلف إن حلف بعد أن استقر في الدار: فقال ابن القاسم: لا شيء عليه إن لم يخرج. وحمل اليمين على دخول آخر غير هذا.

وقال أشهب في كتاب محمد: إن لم يخرج مكانه حنث[3].

واتفقا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، فلم يترل، أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، فلم ينزعه؛ أنه حانث[4].

وقال سحنون: إذا قال لزوجته، وهي حائض: إذا حضتِ، فأنت طالق؛

---

(١) قوله: (إنْ) ساقط من (ت).

(٢) في (ت): (و).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٥١.

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٧.

فهي[1] على حيض مستقبل.

فمن قال بقول ابن القاسم؛ حنثه ساعة تكلّم[2]، ومن قال بقول أشهب؛ لم يحنثه حتى تحيض في المستقبل.قال أشهب: لأنَّ الحيض يكون، ولا يكون. قال: ولو قال لها، وهي حامل: إذا حملتِ، فأنت طالق. أو وهي نائمة: إذا نمتِ، فأنت طالق؛ فإنما هو على حمل مستقبل، ونوم مستقبل[3]. وقد ذكرت ذلك في كتاب الطلاق.

فصل

[فيمن حلف ألا أدخل على فلان بيتا فدخل عليه مسجدا]

ومن[4] حلف لا أدخل على فلان بيتاً، فدخل عليه مسجداً؛ لم يحنث. قال: وليس على هذا حلف[5].

وقد قيل: يحنث إذا دخل عليه في المسجد لقول الله تعالى: ﴿ فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ﴾ [النور:٣٦] فسمى الله ﷻ المساجد بيوتاً، وكذلك لو دخل عليه في المسجد الحرام لم يحنث[6]؛ لقول الله: ﴿ وَلْيَطَّوَّفُوا بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ ﴾ [الحج:٢٩]، إلا أن تكون له نية في بيوت السكنى فيكون ما نوى[7].

---

(١) في (ق٥): (فهو).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٦٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٥١.

(٤) في (ق٥): (وإن).

(٥) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٤.

(٦) هكذا في (ق٥) ولم نتمكن من قراءته في (ت) والظاهر أن (لم) زائدة.

(٧) من قوله (وقد قيل) إلى هنا ساقط من (ب) وهو ملحق بهامش (ت).

وفي كتاب محمد: إن حلف لا جامعه في بيت، فجامعه في الحمام؛ حنث، لأنه لو أراد أن لا يدخله لفعل. قال محمد: وليس بمنزلة المسجد[1].

قال الشيخ ﷺ: وليس هذا التعليل ببين؛ لأنه أيضاً لو أراد أن لا يدخل ذلك المسجد لفعل، وله مندوحة في غيره.

وقول مالك ليس على هذا حلف، حسن. وليس القصد المسجد والحمام.

قال مالك: وإن دخل الحالف بيت جاره، والمحلوف عليه فيه؛ حنث. وإن دخل المحلوف عليه على الحالف فلا يعجبني. وقال ابن القاسم: لا شيء عليه، إلا أن ينوي أن لا يجامعه في بيت فيحنث[2].

قال محمد: يخرج مكانه، ولا يحنث[3].

فأجاب ابن القاسم على مراعاة الألفاظ، فيحنث إن دخل هو على المحلوف عليه، ولا يحنث إن دخل عليه المحلوف عليه. وبيته وبيت جاره في الجواب على مراعاة الألفاظ سواء.

وعلى القول الآخر ينظر سبب يمينه، فإن كان؛ لأنَّ المحلوف عليه كره دخول الحالف بيته، وتأذى منه في شيء؛ فلا شيء عليه في بيت جاره، أيهما دخل على الآخر، ولا في الإقامة إن لم يخرج.

وكذلك، إن دخل المحلوف عليه بيت الحالف. وإن كان قصده أن لا يجامعه، ولا يجالسه في بيت؛ خرج مكانه، ولا حنث عليه؛ لأنه لم يجالسه. وإن لم يخرج؛ حنث.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٣٥.

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٤.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٣٥ و١٣٦.

وقال فيمن حلف على رجل، أن لا يأكل له طعاماً، فدخل ابن الحالف على المحلوف عليه، فأطعمه طعاماً، فخرج به الصبي إلى منزل أبيه، فأكله: حنث[١].

وقال سحنون: لا يحنث؛ لأن الابن ملَك ذلك الخبز، وزال من[٢] ملْك المحلوف عليه.

وقال مالك في كتاب محمد، فيمن حلف، لا يدخل عليه من أخيه هدية ولا منفعة، فدخل ابن له صغير أو كبير، فأصاب اليسير من طعامه، / فلا شيء عليه في الولد الكبير الذي خرج من ولايته، وإن كان صغيراً، فأصاب اليسير الذي لا ينفعه في عون والده، فلا شيء عليه. وإن كان مثل الثوب يكسوه أو طعام يعينه، فقد دخلت عليه منها منفعة، فأراه حانثاً[٣].

(ب) ١٦٢/ب

فلم يحنثه في هذا السؤال لما لم يصرف عنه شيئاً من مؤنته[٤]؛ لأنه حلف لا[٥] أنتفع، فلم ينتفع بخلاف الأول. وأحنثه في الكبير[٦] على مراعاة اللفظ.

وعلى القول الآخر للحالف أن يرد مثل ما نفع به ولده من الطعام، ولا يحنث؛ لأنه قصد أن لا يدخل تحت منته.

وكذلك لو كساه ثوباً، فأفناه في غيبة الأب، ثم قدم فعلم بذلك؛ فعليه[٧]

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٦.

(٢) في (ق٥): (عن).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٢١، والبيان والتحصيل: ٦/ ١٠.

(٤) في (ق٥): (مؤونته).

(٥) في (ق٥): (أن لا).

(٦) في (ق٥): (الكثير).

(٧) قوله: (فعليه) ساقط من (ت).

غرم قيمته، ولا شيء عليه.

وكذلك، إذا حلف لا يأكل له طعاماً[1]، فأكل مما خرج به ابنه؛ حنثه على القول بمراعاة اللفظ، ولا يحنث على القول بمراعاة سبب اليمين إذا رد المثل.

وكذلك لو وجد الحالف في بيته طعاماً، فأكله، وهو لا يعلم أنه للمحلوف عليه؛ غرم مثله، ولم يحنث.

(١) قوله: (طعاماً) ساقط من (ت).

باب



فيمن حلف على زوجته ألا[1] تخرج إلا بإذنه، أو لا أذن لها



ومن حلف على زوجته، لا خرجت إلا بإذنه، فأذن لها، فلم تسمع، ثم خرجت؛ حنث. وإن قال: لا خرجت، إلا أن آذن لكِ[2]؛ لم يحنث قياساً على من حلف ليقضين فلاناً حقّه لأجلٍ سماه[3]، إلا أن يؤخره فأخره، ولم يعلم، وانقضى الأجل:

فقال مالك: عسى أن يجزئه[4]. وقال ابن وهب: لا يحنث. وراعى اللفظ.

وأرى أن يحنث؛ لأنه إنما حلف أن لا يكون منه لدد في ذلك الأجل، وإذا لم يعلم ولم يقضِ؛ فقد لد. وكذلك إذا خرجت؛ لأنه إنما أراد أن لا تخرج إلا بطوعه.

وقال محمد: فإن قال: لا خرجتِ، إلا بإذني، ثم قال: اخرجي حيث شئتِ. فخرجت؛ لم يحنث. وإن قال: لا خرجت إلى موضع، إلا بإذني، ثم قال: اخرجي حيث شئتِ. فخرجت حيث شاءت؛ حنث[5]. وقيل: هو كالأول، ولا شيء عليه.

وأرى أن يسئل عن نيته، فإن أراد بقوله إلى موضعٍ معرفة الموضع الذي

---

(١) قوله: (ألا) في (ت): (لا).

(٢) قوله: (لكِ) ساقط من (ت).

(٣) في (ق٥): (مسمى).

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٧.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٦٥ و٢٦٦.

تخرج إليه، فينظر ما يرضيه من ذلك مما يسخطه، فخرجت، ولم يعرف الموضع؛ حنث، وإلا فلا شيء عليه. وإن أذن لها، فلم تخرج حتى منعها، فخرجت؛ حنث.

وفي كتاب محمد، قال – أظنه عن مالك-: إن خرجت، ثم رجعت لحاجة ذكرتها، فأخذتها، ثم خرجت؛ لم يحنث. وإن رجعت تركاً وقطعاً، ثم خرجت؛ حنث[١].

وقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: هو حانث، ولم يفرق، قال ابن حبيب: إن لم تبلغ الموضع الذي خرجت إليه؛ لم يحنث، وإن بلغته؛ حنث[٢].

والقول الأول أحسن، ولا شيء عليه إذا رجعت لحاجة ذكرتها، بلغت أو لم تبلغ. وإن قال: لا خرجت إلا بإذني، فرآها تخرج، فلم يمنعها؛ حنث على مراعاة الألفاظ، إلا أن تكون له نية. وإن حلف: لا أذنت لك في الخروج، فرآها تخرج، ولم يمنعها، فأراد منعها من الخروج؛ حنث. وإن حلف، فقال: لا أذنت لك في الخروج، فرآها تخرج، ولم يمنعها، فإن أراد: فإنكِ لا تطيعيني، أو تخالفي مرادي؛ لم يحنث.

وقال ابن القاسم: إن حلف لا آذنت لها، إلا في عيادة مريض، فخرجت بغير إذنه، وبغير علمه لغير عيادة مريض؛ لم يحنث، إلا أن يعلم، فيتركها، فيحنث وإن أذن لها لعيادة مريض، فمضت منه إلى الحمام، ولم يعلم؛ لم يحنث[٣].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٢٠. من سماع أبي زيد من ابن القاسم، والنوادر والزيادات: ٤/ ٢٤٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٦٦.

(٣) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٧.

وإن قال: لا خرجتِ، إلا في عيادة مريض بإذني، فخرجت لغير مريض بعلمه، أو بغير علمه؛ حنث. فإن خرجت لعيادة مريض بغير إذنه؛ حنث، وإن قال: لا خرجتِ لعيادة مريض، إلا بإذني، فخرجت لغير مريض بعلمه أو بغير علمه[1]؛ لم يحنث؛ لأن ما سوى المريض لم تنعقد عليه يمين.

وإن خرجت لمريض بغير إذنه؛ حنث. وإن لم يشترط إذنه، وحلف لا خرجت إلاَّ لعيادة مريض؛ فلها أن تخرج لعيادة المريض[2]. وإن خرجت لغيره؛ حنث.

وكذلك، إن خرجت لعيادة مريض، ثم مضت لغيره؛ حنث. وإن قال: لا خرجتِ لعيادة مريض؛ خرجت لغيره بعلمه أو بغير علمه؛ لم يحنث. وإن مضت من هناك لعيادة مريض؛ حنث.

---

(١) قوله: (حنث. فإن خرجت لعيادة مريض..... أو بغير علمه) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (فلها أن تخرج لعيادة المريض) في (ب): (فلا يحنث أن تخرج لعيادة المريض).

باب



فيمن حلف ليفعلن شيئاً في وقت ففعله قبله، وما يتعلق بذلك



وقال مالك، فيمن حلف ليقضين فلاناً حقّه غداً، فقضاه اليوم: لم يحنث. وإن حلف ليأكلن هذا الطعام غداً، فأكله اليوم؛ حنث[1].

وقد قيل فيمن حلف على طعام لا يأكله غدا فأكله اليوم لم يحنث، يريد: أنه لم يرد ألا يأكل اليوم ولا بعد غد، وإنما كان القصد بذلك غدا وهو في المحلوف عليه، فحمله في القضاء على المقاصد، أنه لا يلِد، ولا يؤخره عن غد، وفي الطعام على موجب اللفظ.

ولو كان مريضاً سئل في أكل الطعام اليوم، فحلف ليأكلنه غداً، ثم أكله اليوم؛ لم يحنث. ولو كان قصده في القضاء المطل به لغدٍ، فعجله اليوم؛ حنث.

ومن حلف ألا يتعشى، فشرب لبناً أو سويقاً؛ حنث. قال محمد: وإن شرب نبيذاً؛ لم يحنث، وإن تسحر؛ لم يحنث[2] يريد: إذا تسحر من آخر الليل.

وقال فيمن أتى امرأته بحيتان، فسخطته، فقال لها[3]: أنت طالق إن

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٧. نص المدونة: (قلت: أرأيت لو أن رجلاً قال لرجل: والله لأقضين حقك غداً، فعجل له حقه اليوم أيحنث أم لا في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا يحنث إن عجل له حقه قبل الأجل وإنما يحنث إذا أخر حقه بعد الأجل. قلت: فإن قال: والله لآكلن هذا الطعام غدا فأكله اليوم أيحنث أم لا؟ قال: نعم هو يحنث. قلت: أتحفظه عن مالك؟ قال: لا).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٩٥. وانظر: البيان والتحصيل: ٣/ ٢٦١. في نص العتبية سقط نبه عليه محققه. لم أجد الكلام منسوباً لمحمد بل لابن القاسم في المصدرين.

(٣) قوله: (لها) ساقط من (ت).

اشتريت لحماً ولا حيتاناً ثلاثة أشهر. فأراد أن يشتري لحماً أو حيتاناً في الغداء؛ لم يحنث يريد: إذا حلف أن لا يشتريه عشاءً.قال: وكذلك، لو كساها قرقل كتان، فسخطته، فقال: أنت طالق إن كسوتكِ قرقلَ كتان سنةً، فكساها قرقل خز، ولا نية له في أحسن، ولا غيره؛ لم يحنث(١).

وأرى إن أراد التضييق حنث، وإن أراد ألا يأتيها بدنيء لم يحنث. وإن كان الأول مما يمتهن في الدار، فاشترى ما يرفع للتصرف؛ لم يحنث.

وقال مالك فيمن جاء لزوجته بزيتٍ، فسخطته، فحلف ليلقينه في البلاعة، فألقاه دونها؛ لم يحنث؛ لأن قصده إتلافه(٢).

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ١٧١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٩٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٩، والبيان والتحصيل: ٦/ ٢٧٨و٢٧٩.

باب



فيما[1] يحمل فيه الحالف على بساط يمينه، والاختلاف فيه[2]



وقال مالك فيمن استعار رجلاً ثوباً، فحلف ما يملك إلا ثوبه، وله ثوبان مرهونان، فقال مالك: إن كانا كفافاً لدينه، وكانت تلك نيته أني ما أقدر إلا على ثوبي؛ لم يحنث. فإن لم تكن تلك نيته، و[3]كان فيه فضلٌ؛ حنث. وقال ابن القاسم: إن لم يكن فيه[4] فضل، ولم تكن له نية؛ حنث[5].

فلم يراع بساط يمينه والأشبه، والقياس: أن لا فرق[6] بين أن يكونا كفافاً، أو/ فيهما فضلٌ، فعلى مراعاة الألفاظ يحنث؛ لأنهما على ملكه، وقد حلف ما يملكه.

(ب) ١٦٣/أ

وعلى مراعاة المقاصد لا شيء عليه؛ لأن القصد ما كان عنده يتيسر تسليمه حينئذٍ للمستعير، وليس القصد ما[7] كان في رهن.

وقال مالك في كتاب محمد، فيمن تسلَّف من رجل ديناراً، فوجده ناقصاً، فسأله أوزن منه، فحلف ما معه إلا أنقص منه، فوجد معه مثل وزنه؛ لم يحنث؛ لأن معناه ما معه أوزن[8].

---

(١) في (ت): (ما).
(٢) قوله: (فيه) في (ب): (في ذلك).
(٣) في (ق٥): (أو).
(٤) قوله: (فيه) ساقط من (ت).
(٥) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٧.
(٦) قوله: (والأشبه، والقياس: أن لا فرق) في (ب): (ولا سببه ولافرق).
(٧) قوله: (ما) ساقط من (ق٥).
(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٨.

وقال في كتاب ابن حبيب، فيمن دفن مالاً، فلم يجده غلطا بموضعه، فحلف لامرأته بطلاقها ما أخذه غيرك، ثم وجده في موضع آخر؛ فلا شيء عليه؛ لأنه قصد[١] إن كان ذهب، فلم يذهب[٢].

وقال في العتبية، فيمن رفع دراهم في بيته، فلم يجدها، فاتهم بها زوجته، وحلف بالطلاق ما أخذها أحد[٣] غيرك، ثم وجدها تحت مصلاه، رفعها ونسي؛ حنث، وقال ابن دينار: لا يحنث[٤][٥] فراعى في جميع هذه المسائل[٦] بساط يمينه، فلم يحنثه، وأحنثه مرة بموجب اللفظ، ولم يراع سبب اليمين.

وقال في المدونة، فيمن حلف ما له مالٌ، وله شوار بيته وفُرش، أو خادم: يحنث. فأحنثه بموجب اللفظ، وعلى القول الآخر لا يحنث؛ لأن القصد صنف غير هذا[٧].

---

(١) قوله: (لأنه قصد): في (ت): (لأن قصده).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٧.

(٣) قوله: (أحد) ساقط من (ت).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣١. ونص العتبية فيه: (قال ولقد كان بيني وبين ابن بر فيها كلام فسألنا مالكاً عنها فقال: قد حنث في قوله في هذه المسألة وعجب ممن يقول لم يحنث.) وهو مصحف كما يبدو من سياقه في قوله: (وبين ابن بر) فقد أخر محقق الكتاب ما حقه التقديم حيث وضع في هامش الكتاب موضع قوله: (ابن بر) (ابن دينار) ولم أقف في تراجم أصحاب مالك والمالكية على من اسمه (ابن بر) لذا وجب التنبيه.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٧.

(٦) في (ق٥): (الوجوه).

(٧) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٨.

باب

فيمن حلف ألا يفعل[1] شيئاً ففعله، هل يتكرر عليه الحنث إن عاود الفعل، أو حلف لا فعله ما دام بموضع كذا، فانتقل عنه، ثم عاد؛ هل تسقط اليمين؟ أو ادعى أنه أراد بعض الصنف الذي حلف عليه، أو نوى أجلاً

وقال ابن القاسم، فيمن حلف لا أكلم فلانا عشرة أيام، فكلمه مرة بعد مرة؛ لم يحنث، إلا بأول مرة. وسواء كفّر حين كلمه أول مرة، أو لم يكفّر[2].

قال محمد: وليس يبر أحد، ولا يحنث إلا مرة واحدة، وتسقط يمينه، إلا أن ينوي كلما، وكذلك يمينه: لا خرجت زوجته، إلا أن يريد: كلما خرجت[3].

وقال مالك، فيمن حلف بصدقة دينار إن نام قبل أن يوتر، فنام قبل أن يوتر؛ فلزمه ذلك، ثم نام بعد ذلك. قال: ما رأيت أحداً يفعل هذا يريد: مرة، وذلك عليه كلما فعل[4].

وقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن حلف، لا كلمتك[5] ما دمت بمصر فسافر المحلوف عليه إلى الحج، ثم رجع إلى مصر، فكلمه: فلا شيء عليه. قال: وكذلك إن قال: إنْ دخلت عليك ما دمتِ في هذا المنزل، فانتقلتْ، ثم عادت، فدخل عليها؛ لم يحنث[6].

---

(١) قوله: (ألا يفعل): في (ت): (لا فعل).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٦٠٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣٣.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ١١١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٢٣٣.

(٥) في (ب): إن كلمتك.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣٣.

وقال سحنون في كتاب ابنه، فيمن حلف لا يشرب نبيذاً إلى سنة ما دام بطرابلس فأقام أشهراً، فسافر[1]، ثم عاد إلى طرابلس، قال: يبني على الأشهر الأولى[2] حتى يتم سنةً لا يشرب، وإلا حنث[3]؛ لأن مقصد هذا الصبر إلى سنة، وإن لم يقم.

وقال ابن القاسم، فيمن حلف بطلاق امرأته: لا[4] بنى بها؛ حتى يوفيها صداقها، فطلقها قبل البناء واحدة، وأخذت نصف الصداق، ثم تزوجها بأقل من الصداق الأول، قال: فما كان يرجع في تزويجه على بقية طلاق المِلك الأول؛ فهو حانث[5]، وإن أبتها، ثم نكحها بعد زوج؛ فلا شيء عليه[6].

وقال ابن الماجشون في الواضحة، فيمن حلف ليكسون أمته جبة صوف، ففعل ثم ندم، فإن نوى وقتا؛ أبقاها إليه، وإن لم ينوِ؛ حمل على بساط يمينه، فإن كان عندما طلبت قميصاً؛ لم يبر حتى يأتي وقت الكَسوة المؤتنفة. وإن كانت يمينه على وجه الأدب، فإذا أسبغها[7] بها، وأقامت عليها، حتى[8] علم ذلك؛ فلا شيء عليه في زوالها[9].

---

(١) قوله: (أشهرا سافر) في (ب): (شهراً ثم سار).

(٢) في (ت): (الأول).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣٤.

(٤) في (ق٥): (إن).

(٥) قوله: (فهو حانث) ساقط من (ق٥).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣٦.

(٧) قوله: (أشبعها) ساقط من (ت).

(٨) في (ت): (ثم).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٣٦. ونص النوادر: (ومن الواضحة قال ابن الماجشون: وإن حلف ليكسون أمته جبة صوف فكساها إياها ثم ندم على يمينه، فإن نوى وقتاً أبقاها إليه، =

ومن حلف لا يشتري ثوباً فاشترى ثوب وشيٍ؛ حنث إن لم تكن له نية، إلا أن يكون يمينه بالطلاق. فإن كانت يمينه بالطلاق، وعليه بينة فلا ينوى. وكذلك، إن حلف لا دخلت[1] هذه الدار. وقال: نويت شهراً. فإن كانت يمنيه بالطلاق، وعليه بينة لم ينو، ولا شيء عليه فيما بينه وبين الله تعالى. وإن كانت لا بينة عليه، أو كانت يمينه بما لا يقضي عليه بها صدق.

=

وإن لم ينو شيئا حمل على بساط يمينه، فإن كان عندما طلبت قميصا فلا يبر حتى يأتى وقت الكسية المؤتنفة ولا بد لها من لبس الجبة فيما تسد الجبة مسده من القميص فإن يمينه على الأدب، فإذا أسمعها بها وقامت عليها حتى يعلم ذلك فلا شىء عليه فى زوالها)، ووفي النصِّ تصحيفٌ في كلمتين: كلمة (الكسية)؛ وصوابها: الكسوة، وكلمة (أسمعها)؛ وصوابها: أسبغها.

(١) في (ق٥): (يدخل).

باب



فيمن حلف لعبد، أو لأضربه، أو حلف ليضربنه؛ فأمر من ضربه، أو لا يبيعنه، فأمر من باعه؛ أو باعه على خيار، أو بيعاً فاسداً، أو بيعاً فيه عيب[١]

وقال فيمن حلف ليضربن عبده مائة سوط[٢]، فضربه خمسين سوطاً له رأسان: لم يبر[٣].

والقياس: أن يبر بمنزلة لو ضربه رجلان خمسين خمسين، وكان وقع ضربهما معاً.

وقال فيمن حلف ليضربن عبده، فأمر من ضربه؛ بر. وإن حلف لا يضربه، فأمر من ضربه حنث، إلا أن ينوي، أن لا يضربه بنفسه. وإن حلف أن لا يبيعه، فأمر من باعه؛ حنث، ولم ينو[٤].

وقال محمد: ينوى[٥]، فنواه في الضرب إذاً أمر[٦] من ضربه؛ لأن من السادات من يؤمنه[٧] بمثل ذلك، لئلا يهرب أو غير ذلك من العذر.

---

(١) من قوله (باب فيمن حلف... فيه عيب) في(ت): (باب فيمن حلف على عبده لأضربنه مائة سوط؛فضربه بسوط له طرفان خمسين أو أو حلف ليضربنه؛ فأمر من ضربه، أو لأبيعه فأمر من باعه؛ فباعه على خيار، أو بيع فاسد، أو بيع وفيه عيب).

(٢) قوله: (سوط) ساقط من (ق٥).

(٣) انظر: المدونة: ١/ ٦١٠.

(٤) انظر: المدونة: ١/ ٦١٠.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٥٦.

(٦) قوله: (أمر) ساقط من (ت).

(٧) في (ق٥): (يطيبه).

وأرى أن ينوى في البيع إن قال: خفت ذهابه، فأمنته بذلك، ولو[1] حلف في سلعة لا باعها؛ لم ينو إذا كانت اليمين بالطلاق، أو بما يقضي[2] عليه به، إلا أن يبين لذلك وجهاً.

وقال محمد، فيمن حلف لا يبيع عبده فباعه، واشترط لنفسه الخيار، فليس ببيع؛ حتى يمضي[3].

وأرى إن كان الخيار للمشتري أن لا يحنث؛ حتى يقبل؛ لأن البيع في الحقيقة ما نقل[4] الملك، وبيع الخيار لا ينقل الملك.

ويختلف إذا ضرب أجلاً، فباع فيه عبده على الخيار، وقبل المشتري بيعه، فعلى القول أنه يحسب بيعاً من يوم عقد على خيار يحنث، ومن قال: لا يعد بيعاً، إلا من يوم يقبض؛ لم يحنث.

وقال محمد: إن قال: من جاءني فيه بعشرة دنانير فهو له؛ لم يحنث، إلا أن يأتيه فيه أحد بعشرة دنانير فيما قرب، مثل الشهر والشهرين،وقال محمد: أحب إلي أن لا يلزمه، إلا في مثل الشهر فأقل فهذا بمنزلة من باع على خيار المشتري، قال: ومن حلف بعتق عبده إن باعه، فباعه بيعاً مفسوخاً[5]؛ كان بذلك البيع حراً[6].

قال الشيخ رحمه الله: ولو حلف بعتقه ليبيعه، فباعه بيعاً فاسداً؛ لم يبر، إلا أن

---

(١) قوله: (فأمنته بذلك، ولو) في (ت): (فأمنه بمثل ذلك، وإن).

(٢) في (ت): (يقضى).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢١١.

(٤) قوله: (ما نقل) في (ب): (ينقل).

(٥) في (ت): بيعاً فاسداً مفسوخاً.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢١١.

يفوت عند المشتري. فإن لم يفت نقض البيع، وكانت اليمين منعقدة[(١)]؛ حتى يبيعه بيعاً ينقل ملكه.

وأما إن حلف إنْ باعه، فإنه يحنث بالبيع الفاسد؛ لأنه إن كان يجهل، ويراه جائزاً، فهو من الجنس الذي حلف عليه أن لا يفعله.

وإن كان يعلم أنه فاسد، فقد قصد فيه خلاف ما حلف أنه لا يفعله؛ / لأنه مكّنه منه على وجه الملك؛ فهو يحنث. وإن نقض بعد ذلك.

(ب) ١٦٣/ب

وعلى قول أشهب أن البيع الفاسد ينقل الملك والضمان أبين في الحنث. وإن باعه، وبه عيب يوجب الرد، وكانت يمينه إنْ باعه؛ حنث. وسواء قبله المشتري بعد علمه بالعيب، أو رده. وإن حلف ليبيعنه؛ لم يبر إن رد بالعيب.

فصل

[فيمن حلف لا تكفل بمال فتكفل بالوجه]

وقال فيمن حلف، لا تكفلَّ[(٢)] بمال، فتكفل بالوجه؛ حنث[(٣)].

والقياس: لا شيء عليه؛ لأن الكفالة ثلاثة: بالوجه والمال والطلب. فإذا قال بالوجه[(٤)]؛فقد خصَّ ما تكفل به، وتكفل بما هو دون الأول في الحكم فإن أحضره فقيراً أو غائباً[(٥)]، فأثبت فقره، أو مات؛ برئ. ولا يثبت عليه المال، إلا

---

(١) في (ق٥): (معلقة).

(٢) في (ق٥): (يتكفل).

(٣) انظر: المدونة: ١/ ٦١٠.

(٤) في (ق٥): (بمال).

(٥) في (ق٥): (غاب).

بعد غيبته، وعدم البينة على فقره؛ وكذلك، لو[1] حلف، لا تكفل بالوجه، فتكفل بالطلب؛ لم يحنث. وإن حلف، لا تكفل بوجه، فتكفل بمال؛ حنث؛ لأنه أشد مما سمي.

(١) في (ق٥): (إن).

باب



فيمن حلف لا يبيع من فلان أو لا يشتري منه، فباع من وكيله أو اشترى

ومن حلف لا[١] يبيع من رجل، ولا يشتري منه، فباع أو اشترى من وكيله، فإن لم يكن الوكيل من سبب المحلوف عليه؛ لم يحنث. وإن كان من ناحيته أو من سببه وهو عالم أنه من ناحيته؛ حنث[٢].

واختلف إذا قال لم أعلم[٣] أنه من سببه، فقال ابن القاسم في المجموعة: يحنث، ولم يصدقه. وقال أشهب: لا يحنث[٤].

واختلف في المراد بمن هو من سببه، فقال ابن القاسم في المدونة: صديق ملاطف، أو من هو من عياله، أو من هو من ناحيته[٥].

وقال ابن حبيب: هو الذي يدير أمره أو أب أو أخ ممن يلي أمره. فأما[٦] الصديق والجار والجلساء فلا[٧]. يريد: أن محمله فيمن لا يلي ماله كالأجنبي، فلا يحنث به، وأن من يلي القيام بماله لا يخفى عليه.

ولم يروا[٨] عليه حنثاً إذا لم يكن من سببه، وإن ثبت أن البيع والشراء كان للمحلوف عليه، بخلاف أن يباشر الحالف المحلوف[٩] عليه بالبيع والشراء

(١) في (ق٥): (ألا).
(٢) انظر: المدونة: ١/ ٦١١.
(٣) قوله: (لم أعلم) في (ت): (لم يعلم).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٢٦.
(٥) انظر: المدونة: ١/ ٦١١.
(٦) في (ت): (مثل).
(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٢٤.
(٨) قوله: (ولم يروا) في (ت): (ولم ير).
(٩) في (ت): (والمحلوف).

ناسياً؛ لأن الناسي عالم أنه محلوف عليه عامداً للفعل ناسياً ليمينه. والناسي والعامد سواء.

وهذا غير عالم فلم يحنث على مراعاة المقاصد؛ لأنه غير ما قصد بيمينه. ولا على مراعاة اللفظ؛ لأنه إنما باع أو اشترى من غير المحلوف عليه.

وأرى[١] أن ينظر في الحالف، فإن كان لا يخفى عليه أن الذي باشره بالعقد من سبب المحلوف عليه؛ لم يصدق.

وإن أشكل الأمر حلف أنه لم يعلم ولم يحنث. والتهمة في يمينه ألا يبيع من فلان جاريته أو عبده أو يشتريها منه مختلف. فمن حلف لا باع جاريته أو عبده من فلان، يتخوف[٢] أن يدس من يشتري له ذلك، وهذا يجري كثيراً. فإن تولىَّ الشراء جار أو صديق أو جليس؛ لم يصدق أنه لم يعلم أنه من ناحيته، إلا أن يكون الحالف طارئاً، أو يقوم له دليل. ولا يتخوف مثل ذلك أن يدس عليه من يبيع منه، إلا أن يكون اليمين منه على معين جارية أو عبد؛ فلا يصدق أنه لم يعلم أن الذي[٣] حلف عليه.

وقال مالك: وإن[٤] كان المشتري من سبب المحلوف عليه، فقال البائع: إني حلفت أن لا أبيع من فلان. فقال: لنفسي أشتري. فلما باع منه، قال: ادفعها لفلان المحلوف عليه، فله اشتريتها؛ لزمه البيع. وهو حانث، ولا[٥] ينفعه ما قدم في ذلك[٦]. ولو قال: إنْ كنت وكيلاً فلا بيع بيننا؛ لم يلزمه بيع، ولم يحنث.

---

(١) قوله: (وأرى) ساقط من (ت).

(٢) في (ق٥): (فيخاف).

(٣) في (ق٥): (التي).

(٤) في (ق٥): (إذا).

(٥) في (ق٥): (ولم).

(٦) انظر: المدونة: ١/ ٦٦١.

باب
فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه، فقضاه ناقصاً أو زيوفاً. أو استحق ما قضاه، ومن حلف لا يفارق غريمه حتى يقبض حقه؛ ففر منه، أو أحاله أو أرهنه. وما يتعلق بذلك

ومن حلف ليدفعن لفلان حقّه إلى أجل، فقضاه ناقصاً أو زيوفاً[١] أو استحق ما قضاه وهو عالم بجميع ذلك، ثم مضى الأجل؛ حنث. ويختلف إذا لم يعلم.

فقال في المدونة: يحنث[٢] وهذا على مراعاة الألفاظ، ولا يحنث على القول الآخر؛ لأن قصده أن لا يلد فلم يلد.

واختلف إذا استحقت بعد الأجل، فلم يأخذها المستحق، فقال ابن كنانة: لا يحنث. وقال ابن القاسم: يحنث. قال: وكل شيء لو قام صاحبه أخذه فكأنه وفَّاه ساعة أنفذ.

وقال مالك في العبد يحلف على القضاء إلى أجلٍ، فيقضي من مال سيده فيجيزه سيده بعد الأجل، قال: ما أرى من أمر بين[٣].

---

(١) في (ق٥): (زائفا).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٦١١.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ٩٣.

فصل

[فيمن حلف لغريمه ألا يفارقه حتى يستوفي حقه]

وقال ابن القاسم فيمن حلف لغريمه: لا فارقتك[١] حتى أستوفي حقّي. ففر منه: حنث[٢].

وقال محمد: لا يحنث، إلا أن يتراخى له. قال[٣]: وإن قال لا فارقتني، أو لا افترقنا فأفلت منه؛ حنث فأجاب محمد إذا قال: لا أفارقك[٤] على موجب اللفظ[٥].

ورأى ابن القاسم أن القصد من الحالف في مثل هذا[٦]: المغالبة والتضييق عليه حتى يأخذ حقّه.

قال: وإن حلف لزوجته إنْ قبلتك، فقبلته؛ فلا شيء عليه إذا لم يكن منه استرخاء. قال: وإن حلف لزوجته إنْ ضاجعتك، فضاجعته[٧] وهو نائم؛ فلا

---

(١) في (ق٥): (لا أفارقك).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٦١٢. نص المدونة: قلت: أرأيت إن حلفت أن لا أفارق غريمي حتى أستوفي حقي فيفر مني أو أفلت، أأحنث في قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: إن كان إنما غلبه غريمه وإنما نوى أن لا يفارقه مثل أن يقول: لا أخلي سبيله ولا أتركه إلا أن يفر مني؛ فلا شيء عليه، وانظر البيان والتحصيل: ١٥/ ١٣، نص العتبية: (وقال في رجل قال لعبده: إن فارقت غريمي فأنت حر، ففارقه قال: قد كان لا يراه عتيقاً، ثم عرضته عليه محلياً وما بقي أحد فأمرني بمحوه ورآه حراً، قال: وكذلك من قال لعبده أنت حر إن دخلت دار فلان فدخلها).

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ق٥).

(٤) في (ت): (فارقتك).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٥٢.

(٦) في (ت): (هذه).

(٧) قوله: (وإن حلف لزوجته إنْ ضاجعتك، فضاجعته) في (ب): (إن ضاجعتك).

شيء عليه وإن قال: إن ضاجعتني أو قبلتني؛ فهو بخلاف الأول[1]، يريد: إذا حلف لا قبلتك، فقبلته على الفم لأنه إذا تركها صار هو مقبل.

ولا يحنث إذا تركها قبلته على غير الفم. وإن قال: إن قبلتني فتركها، فقبلته على غير الفم؛ حنث، إلا أن ينوي الفم. وإن قال: لا فارقتك حتى أستوفي حقّي أو أقبضه، فأحاله؛ حنث

ولا يقع[2] الحنث إن نقض الحوالة، وقضاه[3] قبل أن يفارقه. وإن قال: إن فارقتك[4] ولي عليك حق - برئ بالحوالة - وإن أرهنه بحقّه رهناً؛ لم يبر.

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦١٢.

(٢) في (ت): (يرتفع).

(٣) قوله: (قضاه) في (ب): (قضى).

(٤) قوله: (إن فارقتك) في (ت): (فارقتك).

باب[1]



فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه رأس الشهر أو رأس الهلال أو في انسلاخه أو إلى العيد أو في العيد



وإن حلف ليقضينه رأس الشهر أو رأس الهلال كان له يوم وليلة من أوله[2]، فإن غربت الشمس ولم يقضه؛ حنث. وهذا إذا لم يدخل في يمينه شيءٌ من حروف الجر، فيقول: في أو عند أو إلى أو لكذا أو إذا أو حين.

قال مالك في المدونة: فإن قال إلى رمضان، فانسلخ شعبان ولم يقضه؛ حنث[3].

قال محمد: فإن قال في رأس الشهر أو في رأس الهلال أو في الهلال، ولم يقل رأس الهلال أو في استهلال الهلال أو في الهلال[4] أو في رؤيته أو في دخوله أو في حلوله؛ كان له يوم وليلة[5].

وأرى إذا قال: في الهلال، ولم يقل في رأس الهلال: أن تكون له ثلاثة أيام؛ لأن العرب / تسميه أول ليلة والثانية والثالثة هلالاً، والرابعة قمراً[6]، إلا أن يكون الحالف لا يعرف هذه التسمية، إلا لأول ليلة أو لثانية[7]، فيحمل على ما يقوله.

(ب)
١٦٤/أ

---

(١) قوله: (باب) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ١/ ٦١٢.

(٣) انظر: المدونة: ١/ ٦١٢.

(٤) قوله: (أو في الهلال) ساقط من (ق٥).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٨٥.

(٦) قوله: (أول ليلة والثانية والثالثة هلالاً، والرابعة قمراً) في (ت): (أول ليلة والثانية هلالاً، والثالثة والرابعة قمراً).

(٧) قوله: (ليلة أو لثانية) في (ق٥): (يوم أو لثانيه).

قال: وكذلك، إذا قال: عند الهلال أو عند رأس الهلال أو قال لاستهلال الهلال أو لرأسه أو لرؤيته أو لدخوله أو لحلوله أو لمجيئه؛ فله يوم وليلة من الداخل[١] يريد: لأنَّ المراد المبادرة بذلك عند استهلال الشهر. وإن قال إلى؛ كان القضاء إلى قبل حلول الداخل؛ لأن بابها للغاية، فهي غاية التأخير.

وروى ابن وهب عن مالك أنه قال: له يوم وليلة من الداخل وإن قال إذا انقضى شعبان أو عند انقضائه له يوم وليلة من رمضان. وقوله: إذا استهل رمضان، وإذا[٢] انقضى شعبان سواء؛ لأنه لا يصح انقضاء شعبان، إلا بدخول رمضان[٣].

فمن قضى بأثر انقضائه. فقد قضى عند الانقضاء، وإن قال: في انقضاء شعبان أو إلى انقضائه فغابت الشمس من آخر شعبان؛ حنث؛ لأن (في): ظرف للقضاء، فالقضاء يكون في الانقضاء. وإن خرج الشهر؛ كان قضاؤه في غير الانقضاء. وكذلك قوله: إلى فغاية التأخير ما لم ينقض الشهر. وإن قال: حين ينقضي شعبان؛ لم يحنث بخروجه، ويتعجل ما استطاع، وقد قال: له يوم وليلة. كقوله إذا انقضى شعبان[٤] وإن قال: إذا انسلخ شعبان؛ كان له يوم وليلة من رمضان، كقوله إذا انقضى شعبان. وإذا[٥] قال: في انسلاخ الشهر أو إلى أو لانسلاخه، فلم يقضه قبل أن يهل رمضان؛ حنث. مثل قوله: في القضاء أو إلى انقضاء. وإن قال: في انسلاخ الهلال؛ كان له يوم وليلة.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٨٥.

(٢) في (ت): (و).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٨٥.

(٤) قوله: (كقوله إذا انقضى شعبان) ساقط من (ت).

(٥) في (ق٥): (فإن).

واختُلف إذا قال: عند انسلاخه[١]: فقال مرة: إذا انسلخ وعند انسلاخ واحد له يوم وليلة من الثاني وقال مرة: ذلك بمنزلة قوله(في)[٢]، و(إلى)، فإن لم يقضه قبل خروج الأول؛ حنث وقال محمد: وإن قال: حين ينقضي الهلال أو حين يهل أو حين ينسلخ أو يرى أو يدخل أو يجيء إذا سمى الحين في جميع ذلك؛ يعجل القضاء ما استطاع حين يدخل، وليس في ذلك حد[٣].

وفي المبسوط: إذا قال: في حلول وإذا حل وحين يحل؛ له يوم وليلة. وإن قال: لحلول رمضان، فغابت الشمس من آخر شعبان، ولم يقضه؛ حنث، كالذي يقول: إلى.

وفي كتاب محمد: إذا قال لكذا: له يوم وليلة[٤]. والمراد بقوله لحلول ولمجيء وحين وعند واحد.

فصل

[فيمن حلف ليقضينه إلى العيد أو في العيد أو إذا انقضى العيد]

واختُلف إذا حلف ليقضينه إلى العيد أو في العيد أو إذا انقضى العيد في مبتدأ العيد وآخره: فقال سحنون: إن حلف ألا يصيب أهله إلى العيد، فأصابها ليلة العيد؛ حنث ورأى أن أول العيد ليلته، وقال أصبغ: لا يصيبها حتى يصلي الإمام وينصرف، فإن أصابها قبل ذلك؛ حنث[٥]. فجعل مبتدأ العيد بعد سلام

(١) في (ت) و(ب): (انسلاخ).

(٢) قوله: (في) ساقط من (ت).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٨٥ و١٨٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٨٥.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣٥٩، والنوادر والزيادات: ٤/ ١٩٣.

الإمام من الصلاة.

واختُلف إذا قال في العيد: فقيل: له اليوم الأول فقط، وقيل: ثلاثة أيام.

وقال سحنون: إن كان في الفطر فاليوم الأول، فإن قال: يوم العيد؛ كان الأضحى والفطر سواء، له اليوم الأول. وإن قال: في الأضحى؛ فثلاثة أيام. وإن قال: في أيام التشريق؛ فأربعة أيام، وإن قال: إلى الصدر؛ فله إلى[1] آخر أيام التشريق، وبقيته إلى الفجر، فإن طلع الفجر، ولم يقضه؛ حنث وقال: إن حلف لا كلمتك حتى الصدر أو إلى الصدر؛ فلا يكلمه إلا في الصدر الآخر.

فإن كلمَّه في الأول؛ لم يحنث. وإن حلف ليكلمنّه إلى الصدر؛ فليكلمه في الأول، فإن كلمَّه في الآخر؛ لم يحنث[2].

وقال ابن القاسم: فيمن[3] حلف لأقضينّك إذا ذهب العيد؛ فأيام التشريق من العيد. وقال أيضاً: إن حلف ليقضينه في العيد، فقضاه في أيام التشريق؛ حنث[4] فرأى أن العيد اليوم الأول؛ لأن أول أيام التشريق اليوم الثاني. وقوله الأول أحسن.

---

(١) قوله: (إلى) ساقط من (ق٥).

(٢) قوله (وقال إن حلف...): في (ق٥): (وقال وإن كلمته لأول لم يحنث وإن حلف لا يكلمه إلى الصدر فليكلمه في الأول وإن كلمه في الآخر لم يحنث).

(٣) في (ق٥): (إن).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٩٣.

باب



فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه، فأعطاه عرضاً، أو وهبه له الطالب. أو حلف الطالب لا يضع من حقه شيئاً، فأخره أو أقاله



وقال مالك فيمن حلف ليقضينّ فلاناً حقّه إلى أجل أو دنانيره، فأعطاه بها عرضاً فيه وفاء من حقّه؛ فلا شيء عليه، ثم كرهه[1] فالكراهة على مراعاة الألفاظ، والأخرى على مراعاة المقاصد، وهو إذا قال: دنانيره أبين في الكراهية، وإن وهبه الطالب ذلك الحق؛ لم يبر. وهذا على مراعاة الألفاظ، وعلى مراعاة المقاصد لا يحنث؛ لأن المراد أن لا يكون منه لدد عن القضاء. فإذا أمكنه منه وتركه؛ لم يحنث إذا كانت اليمين بها لا يقضى بها، أو بها يقضى بها، ولا بينة عليه، فإن كانت عليه بينة؛ لم يبر.

قال أشهب: ثم إن مضى الأجل، ولم يقضه؛ حنث[2].

وقال ابن حبيب: لا ينفعه إن قضاه بعد ذلك.

والأول أحسن، أن لا شيء عليه إن قضاه في الأجل؛ لأنه إن كان باطنه على الصحة، وقد مكنَّه من حقه؛ لم يحنث. وإن اتهم أن يكون أراد الطالب الرفق به، لئلا يحنث؛ فأظهر الهبة[3]. وليكون القضاء بعد الأجل؛ كان الحق قائماً، فقد قضاه.

وإن باعه بالدين عرضاً بيعاً فاسداً، ففات في الأجل وقيمته مثل الدين

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦١٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٧٧.

(٣) في (ت): (الهيبة).

فأكثر؛ بر. وإن كانت قيمته أقل، فوفاَّه بقية حقّه في الأجل؛ بر. وإن لم يقضه حتى انقضى الأجل؛ حنث. واختلف إذا انقضى الأجل والعرض قائم: فقال سحنون في العتبية: يحنث.

وقال أشهب: لا يحنث.

وأرى إن كان في قيمته وفاء بالحق أن لا يحنث؛ لأنه الوفاء[1] عنده، والوجه الذي قصده بيمينه. وكذلك إن كان عالماً بالفساد، وقصد بتّ البيع. وإن أراد بذلك ليقوم بعد الأجل؛ حنث، لأنه قصد اللدد. وإن باعه بالدين سلعة بيعاً صحيحاً، وبها عيب فعلم بالعيب في الأجل، فردت. وقضى الثمن ثانية، وإلا حنث. وإن رضي به المشتري، وفي قميتها معيبةً وفاء بالدين؛ لم يحنث. وإن كانت أقلّ؛ حنث على مراعاة الألفاظ، ولم يحنث على القول الآخر إذا كانت قيمتها سالمةً مثل الدين، وهو غير عالم بالعيب؛ لأنه قصد الوفاء، ولم يلد.

(ب) ١٦٤/ب

وإن فاتت في الأجل أعطاه قيمة العيب، وإلاّ حنث./ وإن لم يعلم بالعيب، إلا بعد الأجل وقد كانت فاتت في الأجل؛ حنث على أحد القولين. وإن مضى الأجل وهي قائمة؛ حنث على قول سحنون في البيع الفاسد، ولم يحنث على قول أشهب. وهو أحسن؛ لأنه لم يقصد لدداً.

فصل

[فيمن باع سلعة ثم حلف لا يضع من ثمنها فأقاله]

ومن باع سلعةً، ثم حلف ألا يضع من ثمنها، فأقاله؛ حنث إن لم يكن فيها وفاء بالثمن[2]. وإن كان فيها وفاءٌ؛ لم يحنث. وإن أنظره؛ لم يحنث. وقيل:

---

(١) في (ت): (الموفى).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٣١٤.

يحنث. والأول أبين؛ لأنّ التاجر يخف عليه الصبر، ويراه حسن معاملة، ولا يعده وضيعة، ولا يخف عليه ترك اليسير.

ومن المدونة قال ابن القاسم: فيمن حلف أن لا يهب لفلان، فتصدق عليه: حنث. وإن أعاره؛ حنث، لأن أصل يمينه على المنفعة[1].

قال محمد: وإن حلف على قريب له أن لا يُعيره ثوباً، فوهبه له؛ فلا شيء عليه، إذا كان سبب يمينه أنه أعاره فأفسده، أو حبسه عنه، أو كان يعاف لباس الناس ثيابه، أو يريد صونها. وإن أراد قطع المنافع عنه؛ حنث وإن حلف أن لا يكسو امرأته، فأعطاها دراهم اشترت بها ثوباً؛ حنث. ولم ينو إن كانت يمينه بما يقضى عليه بها. فإن حلف أن لا يعطيها دراهم، فكساها؛ حنث، إلا أن يكون أراد بالدراهم خوف أن تتلفها، ولو أعطاها في الأول دراهم يسيرة مما لا تشتري بها كسوة، ولا تستعين بها فيها؛ لم يحنث.

ولو حلف على أجنبي أن لا يكسوه، فأعطاه دراهم، أو لا يعطيه دراهم فكساه؛ حنث في الوجهين جميعا، إلا أن يقوم له دليل على أنه أراد عين ما حلف عليه.

وقال ابن القاسم فيمن حلف لا أدخل دار فلان إلا بإذن فلان، أو لا يقضي فلاناً حقّه إلا بإذن فلان، فمات الذي اشترط إذنه؛ لم ينتفع بإذن ورثته[2]، وإن دخل أو قضى؛ حنث[3].

---

(١) انظر: المدونة: ١/ ٦١٣.

(٢) في (ق٥): (الورثة).

(٣) انظر: المدونة: ١/ ٦١٤.



باب
[فيمن عجز عن البر بسبب خارج عنه]



فيمن قال حلف ليقضينّ فلاناً حقه رأس الشهر، فغاب الطالب، أو مات، أو حلف ليركبنّ دابة فماتت، أو ليلبس ثوباً، أو يأكل طعاماً، فسرق. أو حلف بالطلاق، أو بعتق عبده، ليفعلن فعلاً، فمات الحالف، أو المحلوف عليه قبل أن يفعل.

ومن حلف لغريمه ليقضينّه رأس الشهر، فغاب الطالب وله وكيل مفوض إليه؛ دفع إليه، وبرّ في يمينه، وبرئ من الدين. وسواء كان بالموضع سلطانٌ، أم لا.

وإن لم يكن مفوضاً إليه دفع إلى السلطان، وبر وبرئ.

فإن لم يكن سلطان أو لم يقدر على الوصول إليه، أو كان غير عدل؛ دفع إلى هذا الوكيل أو غيره، وأوقفه على يديه، فيبرّ في يمينه، ولا يبرأ من الدين. وإن أتى بالحق وأشهد على وزنه أو عدده ثم رجع به؛ بر؛ لأنه لم يكن منه لدد، وهو قول مالك في كتاب محمد. قال محمد: وقد قيل لو دفع إلى بعض الناس لغير عذر من سلطان، وأشهد؛ لم يحنث[1].

وإن كان السلطان غير عدل، فرفع إليه وهو عالم أنه غير عدل؛ بر في يمينه[2]، ولم يبرأ من الدين. قال محمد: وإن لم يعلم ذلك من الإمام؛ فلا ضمان عليه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٦٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٦٦.

وأرى أن يضمن ولا يبرأ؛ لأن الدين في ذمته، وقد أخطأ على نفسه. وقال سحنون: إن أشهد على الحق في الأجل، ثم جاء الطالب بعد الأجل فمطله؛ لم يحنث[(١)].

وقال مالك في كتاب محمد: إن حلف ليقضينّه رأس الشهر إلا أن يؤخره، فأخره شهراً، ثم قال المطلوب بعد حلول الشهر الآخر: ما علي يمين.قال مالك: اليمين عليه، فإن لم يقضه؛ حنث قال: وإن أنظره الطالب من قِبل نفسه، ولم يعلم الحالف، فقال: عسى به أن يجزئه.وقال ابن وهب: هو في سعة من يمينه[(٢)]. وهذا على مراعاة الألفاظ؛ لأنه قال: إلا أن تؤخرني[(٣)]، فقد أخره[(٤)]. وعلى مراعاة المقاصد يحنث. وهو أحسن؛ لأنه قصد أن لا يلد، فإذا لم يعلم بتأخيره؛ فقد لد.

واختُلف أيضاً إذا غاب الحالف فقضى عنه بعض أهله من ماله أو من مال الغائب، فقال ابن الماجشون: يبر وقال ابن القاسم: لا يبر[(٥)] وهو أبين إذا تأخر عن القدوم للقضاء عمداً.

وقال ابن القاسم فيمن حلف ليقضينّ فلاناً حقّه إلى أجل، إلا أن يؤخره، فأراد سفرا، فسأل الطالب أن يؤخره، وذكر مدة سفره، فأخره إلى بلوغه، وزاده عشرين ليلة، ثم لم يسافر لأنه خاف اللصوص، قال: يقضيه عند الأجل الأول، وإلا حنث[(٦)]. وقال فيمن حلف ليركبن هذه الدابة غدا فماتت قبل غد

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٦٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٧٠.

(٣) في (ت): (يؤخرني).

(٤) في (ت): (أخرني).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ١٦٧.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٦/ ٢٦٦و٢٦٧.

فلا شيء عليه[١].

وإن حلف ليلبسنّ هذا الثوب أو ليأكلنّ هذا الطعام، فسُرق؛ حنث. وقال أشهب: لا حنث عليه[٢] وهو أحسن، إلا أن تكون اليمين بما يقضى عليه به، ولم تعلم السرقة إلا من قوله. وقال فيمن حلف ليذبحن حمامات يتيمة، فوجدها قد ماتت قبل ذلك: فلا شيء عليه.

وقال في كتاب الأيمان بالطلاق، فيمن حلف ليبيعن أمته، فوجدها حاملاً: حنث[٣] فعلى هذا يحنث الذي حلف ليذبحن الحمامات فماتت[٤].

والخلاف في هذا راجع إلى الوجهين المتقدم ذكرهما، فمن راعى الألفاظ أحنثه، ومن راعى المقاصد لم يحنثه.

وقال فيمن حلف ليضربن فلاناً بعتق عبده، فمات فلان بعد أن مضى قدر ما يضربه فيه: حنث. فإن كان الحالف صحيحاً أُعتِق من رأس المال، وإن كان مريضاً أُعتِق من الثلث. وإن مات الحالف أُعتِق من الثلث[٥].

وإن ضرب أجلا فمات أعتق من الثلث وإن مات الحالف أعتق من الثلث[٦]، وإن ضرب أجلاً فمات الحالف أو المحلوف عليه في الأجل فرط أو لم يفرط، وقد حلف بعتق أو طلاق؛ فلا شيء عليه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٤٧.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٤٦.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٧٧.

(٤) انظر: المدونة: ١/ ١٤٧.

(٥) انظر المدونة طبعة دار صادر (١/ ١٤٧).

(٦) قوله: (وإن ضرب أجلا فمات أعتق من الثلث وإن مات الحالف أعتق من الثلث) ساقط من (ق٥).

وقال ابن كنانة في كتاب المدنيين فيمن حلف بطلاق امرأته أن يبيع عبده إلى شهر فمات العبد في الشهر، قال: إن فرط في بيعه ولو شاء باعه؛ فقد وقع الطلاق، لأنه لم يبق له شيء يبر فيه. قال: ولو حلف بالطلاق أن يخرج بامرأته إلى شهر فماتت: حنث إن فرط. قال: ولو مات هو قبل أن يخرج بها؛ ورثته. قال: والفرق بينهما أن المرأة حين[1] ماتت يأتي الأجل، وليس له شيء يبر فيه، وإن مات هو كان بمنزلة من طلق بعد الموت[2]، وقد يطلق المريض فترثه.

(ب) ١٦٥/أ

وقال ابن أبي حازم، فيمن قال: إن لم أضرب غلامي قبل الهلال/ فامرأته طالق، فمات العبد قبل الهلال، وقبل أن يضربه، فقال: أمره عندي أبين من كل شيء، وهي طالق.

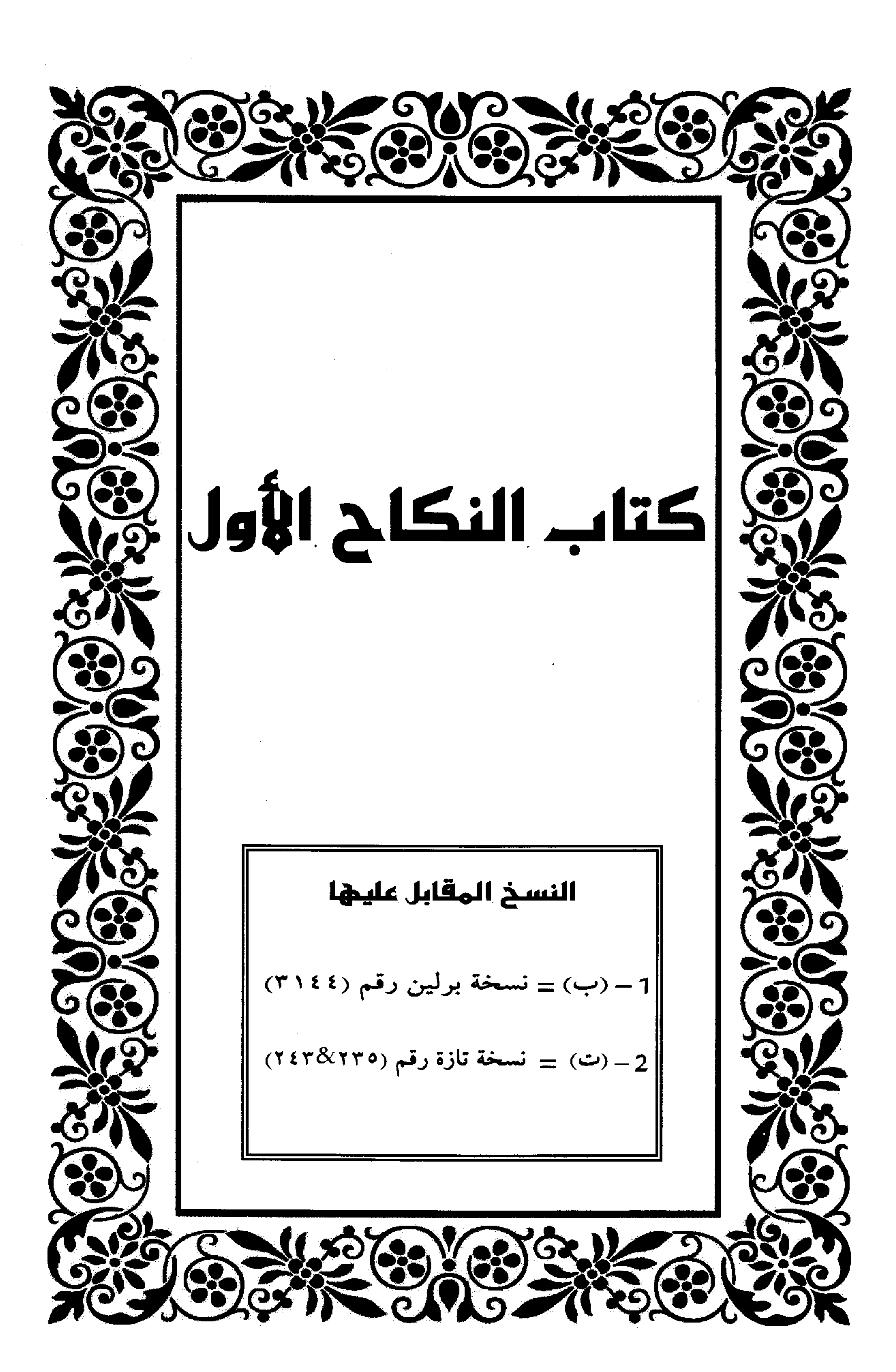
فسوى ابن كنانة وابن أبي حازم في الحنث إذا ضرب أجلاً، وجعلاه بمنزلة من لم يضرب الأجل، ورأيا أن أجل الآخر حياة الحالف فأحنثاه بمجرد اللفظ؛ لأن كليهما حلف ليوجدن منه فعلٌ، فلم يوجد. فهذا جعل لنفسه أن يضرب ما بينه وبين شهرٍ، والآخر فسح لنفسه أن يضرب ما بينه وبين أن يموت[3].

---

(١) في (ق٥): شطب على (حين) وكتب فوقها (إذا)

(٢) قوله: (الموت) ساقط من (ت).

(٣) في (ب): (انتهى كتاب الأيمان والنذور).



كتاب النكاح الأول

النسخ المقابل عليها

1 – (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٥&٢٤٣)



بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا ومولانا
محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب النكاح الأول



[باب]



في الترغيب في النكاح وأنه من سنن المرسلين(١)

قال الله عز وجل: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾ [الرعد: ٣٨]، وقال/ النبي ﷺ: «أَرْبَعٌ مِنْ سُنَنِ الْمُرْسَلِينَ: الْحَيَاءُ وَالتَّعَطُّرُ وَالسِّوَاكُ وَالنِّكَاحُ»، وهذا حديث حسن السند ذكره الترمذي(٢). وسَأَلَ ثلاثُ نفرٍ عن عَمَلِ النَّبي ﷺ، فتقالوه، فقالوا: وأين نحن من النَّبي ﷺ غَفَرَ اللهُ له ما تَقَدَّمَ من ذنبه وما تَأَخَّرَ؟ ثم قال أحدهم: أما أنا فأصلي الليل أبداً، وقال الآخر: وأنا أصوم الدهر ولا أفطر. وقال الآخر: وأنا أعتزل النساء، ولا أتزوج أبداً، فجاء النبي ﷺ، فقال: «أَنْتُمُ الَّذِينَ قُلْتُمْ كَذَا وَكَذَا، أَمَا وَاللهِ إِنِّي لَأَخْشَاكُمْ للهِ وَأَتْقَاكُمْ لَهُ، لَكِنِّي أَصُومُ وَأُفْطِرُ وَأُصَلِّي وَأَرْقُدُ وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي، فَلَيْسَ مِنِّي» أخرجه البخاري ومسلم(٣)، فأخبر أنه من

(ب) ١٧٥/أ

---

(١) قوله: (في الترغيب... المرسلين) ساقط من (ت).

(٢) أخرجه الترمذي: ٣/ ٣٩١، في باب ما جاء في فضل التزويج والحث عليه، من كتاب النكاح، برقم (١٠٨٠)، قال الترمذي: (حسن غريب).

(٣) متفق عليه، البخاري: ٥/ ١٩٤٩، في باب الترغيب في النكاح، من كتاب النكاح، برقم (٤٧٧٦)، ومسلم: ٢/ ١٠٢٠ في باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، من كتاب النكاح، برقم (١٤٠١).

سنته، وذم من رغب عن ذلك.

وقال النبي ﷺ: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ؛ فَإِنَّهُ أَحْصَنُ لِلْفَرْجِ وَأَغَضُّ لِلطَّرْفِ، فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ» أخرجه البخاري ومسلم[(١)]. وفي الحديث مجاز، والمعنى: من استطاع ذلك منكم بالمال ليس بالوطء، ولو كان ذلك المراد لم يأمر[(٢)] من عجز عنه بالصوم. وقد جاء هذا الحديث[(٣)] في النسائي مفسراً، فقال: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ كَانَ مِنْكُمْ ذَا طَوْلٍ، فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّه أَغَضُّ لِلْبَصَرِ»[(٤)]، فأتى بالحديث. وقال: «تَزَوَّجُوا الوَدُودَ الوَلُودَ، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ يَوْمَ القِيَامَةِ»[(٥)]. وقال: «إِذَا مَاتَ الإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»[(٦)].

فالنكاحُ يتضمن خمسَ خصالٍ: يُعِفُّ الطرف، ويحصن الفرج، ويكثر

---

(١) متفق عليه، البخاري: ٥/ ١٩٥٠، في باب قول النبي ﷺ: «من استطاع منكم الباءة»، من كتاب النكاح، برقم (٤٧٧٨)، ومسلم: ٢/ ١٠١٨، في باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، من كتاب النكاح برقم (١٤٠٠).

(٢) في (ب): (لم يوصِ).

(٣) في (ب): (المعنى).

(٤) (صحيح) أخرجه النسائي: ٤/ ١٧١، في ذكر الاختلاف على محمد بن أبي يعقوب في حديث أبي أمامة في فضل الصائم، من كتاب الصيام، برقم (٢٢٤٣).

(٥) (صحيح)، أخرجه أبو داود: ١/ ٦٢٥، في باب من تزوج الولود، من كتاب النكاح، برقم (٢٠٥٠)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه: ٩/ ٣٣٨، في كتاب النكاح، برقم (٤٠٢٨).

(٦) أخرجه مسلم: ٣/ ١٢٥٥، في باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، من كتاب الوصية، برقم (١٦٣١).

النسل، ويبقي الذِّكْر، والأجر.

فصل

[في أقسام النكاح]

النِّكاح على أربعة أقسام: مباح، ومندوب إليه[١]، وواجب وجوباً غير موسع، وواجب وجوباً موسعاً.

فإن كان الرجل ممن لا إِرْبَ[٢] له في النِّسَاءِ ولا يرجو نَسْلاً؛ لأَنَّه حَصُوْرٌ[٣] لا يأتي النساء، أو خصيٌّ، أو مجبوبٌ[٤]، أو شيخٌ فانٍ، أو عقيمٌ قد عَلِمَ ذلك من نفسه - كان مباحاً.

وإن كان له إِرْبٌ في النساء، إلا أنه يقدر على التعفف، أو لا إرب له ويصح منه النسل - كان مندوباً.

وإن كان لا يقدر على التعفف، ويخشى على نفسه الزنى، ولا يقدر على التسري ولا يُذْهِب ذلك عنه الصومُ - كان واجباً وجوباً غير موسع؛ لأن حفظ دينه عليه واجب. فإن كان لا يقدر على حفظه إلا بالتزويج كان ذلك واجباً.

وإن كان يقدر على التسري كان وجوبه وجوباً موسعاً، وكان مخيراً بين

---

(١) قوله: (إليه) زيادة من (ب).

(٢) الإِرْبَةُ والإِرْبُ: الحاجةُ، وفيه لغات: إِرْبٌ، وإِرْبَةٌ، وأَرَبٌ، ومَأْرُبةٌ، ومَأْرَبَة، وفي حديث عائشة ﵂: «كان رسولُ الله ﷺ أَمْلَكَكُمْ لإِرْبِه»، أَي: لحاجَتِه. انظر: لسان العرب: ١/ ٢٠٨.

(٣) الحصور: الذي لا يشتهي النساء ولا يقربهنّ. انظر: لسان العرب: ٤/ ١٩٣.

(٤) والمَجْبُوبُ: الذي قد اسْتُؤْصِلَ ذكَره. انظر: لسان العرب: ١/ ٢٤٩.

وجهين لابد له من التلبس بأحدهما؛ وهو النكاح أو التسري.

وإن كان يذهبه الصوم ويقدر على التسري كان مخيراً بين ثلاثة أوجه: النكاح، أو التسري[١]، أو الصوم، وهو مجبور على امتثال أحدهم، والبداية بالنكاح أولى لقوله ﷺ: «**يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ**»، الحديث، فيبدأ به، وقد يبدأ بالصوم على النكاح إذا كان لا يقدر على التسري ويذهب ذلك عنه الصوم، ولا يجد طَوْلاً لنكاح حرة؛ لأنّ في تزوُّجه الأمة إرقاقاً لولده.

فصل

[في المرأة ليس لها حاجة في الرجال]

وإن كانت امرأة لا إرب لها في الرجال، وهي عقيم قد علمت ذلك من نفسها -كان النكاح لها مباحاً، وإن كان لها رغبة، وهي قادرة على التعفف، وكانت غير عقيم - كان مندوباً، وإن كانت تخشى على نفسها الزنى، ولا يُذْهِبه الصوم - كان واجباً وجوباً غير موسع، وإن كان يُذْهِبه الصوم كان موسعاً، وكانت بالخيار بين النكاح أو الصوم، ولا بد لها[٢] من التلبس بأحدهما، كانت ذات مال أم لا؛ لأنه لا يصح منها التسري، وتزويجها الحرَّ والعبد سواء؛ لأن ولدها تبع لها في الحرية وإن كان تزويجها للحرِّ أولى، وندب الله سبحانه السادات إلى إنكاح[٣] من في رقهم من العبيد والإماء؛ لأنهم يحتاجون من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه[٤] الأحرار، فقال عز وجل: ﴿وَأَنكِحُوا

---

(١) قوله: (أو التسري وإن... أو التسري) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (لها) زيادة من (ب).

(٣) في (ب): (نكاح).

(٤) قوله: (ما يحتاج إليه) ساقط من (ب).

ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

فصل

[في شروط النكاح]

النِّكاح يصح بثلاثة شروط: وَلِيٍّ، وصَدَاق، وشاهِدي عدل.

فأما الولي فمن شرطه أن يكون في أصل العقد، فإن عري العقد من ولي، وباشرت العقد بنفسها -كان فاسداً[١]، ولم يصح بإجازة الولي[٢].

وأما الصداق فلا بأس أن يفرض بعد العقد إذا نكحها على تفويض[٣]، وإنما يفسد إذا شرط إسقاطه[٤].

وأما الشاهدان، فمن شرطهما أن يشهدا قبل الدخول، فإن عقدا بغير بينة، ثم أشهدا بعد ذلك وقبل الدخول - جاز، فإن وقع الدخول قبل الإشهاد، ثم ادعيا لما ظهر عليها[٥] أن ذلك عن نكاح - لم يُصَدَّقا وفسخ وحُدَّا، إلا أن يأتيا على ذلك بشبهة.

فصل

[لزوم الولي للنكاح]

الأصل في الولي قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة: ٢٢١] فهذا خطاب

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١٨، التلقين: ١/ ١١٢.

(٢) قال في المدونة: ٢/ ١٢٠: (قلت لمالك: أفترى أن يفسخ وإن أجازه الولي؟ فوقف عنه ولم يمض عنه فعرفت أنه عنده ضعيف قال ابن القاسم: وأرى فيها أنه جائز إذا أجازه الولي)..

(٣) انظر: التلقين: ١/ ١١٦.

(٤) انظر: الإشراف: ٢/ ٧١٤.

(٥) في (ب): (عليهما).

للرجال أن لا يزوجوا المسلمات من المشركين، ولم يرد الخطاب للنساء أن لا يتزوجن المشركين، وقوله سبحانه: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] نزلت في معقل بن يسار لما منع أخته أن تراجع زوجها[1]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [النور: ٣٢] الآية، وقد استدل في هذا بقوله سبحانه: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥]، وبقوله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ».

قال الشيخ رحمه الله: هذا ليس بالبين، والظاهر يقتضي أنه إذا أذن السيد أو الولي أن يتزوجن جاز ذلك ليس أن يكونا عاقدين.

[فصل]

ذكر صفة الولي

ومن شرط الولي أن يكون ذكراً، عاقلاً، بالغاً، حرّاً، مسلماً. واختلف هل من شرطه أن يكون عدلاً رشيداً؟ فأجاز القاضي أبو الحسن علي بن القصار أن يكون فاسقاً، وكرهه القاضي أبو محمد عبد الوهاب مع وجود عدل[2] وإن عَقَد جاز[3].

وقال أشهب في العتبية: لا[4] يُزَوِّج إذا كان سفيهاً مولًّى عليه[5].

وفي كتاب ابن أشرس عن مالك في المرأة لا يكون لها ولي إلا ولياً مولًّى عليه: ليس له أن يستخلف من يزوجها وإن رضيت؛ لأنه لا نكاح لسفيه.

---

(١) أخرجه البخاري: ٤/ ١٦٤٥، في تفسير سورة البقرة، من كتاب التفسير، برقم (٤٢٥٥).

(٢) في (ب): (عقل).

(٣) انظر: المعونة: ١/ ٤٩٠.

(٤) قوله: (لا) زيادة من (ب).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٠٦.

وقال أبو مصعب: النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده. وساوى بينه وبين ما كان العاقد له عبداً أو امرأة، وقد يحتمل قوله: إنه فاسد إذا كان ذلك[١] بغير رضا من وليه ولا مطالعته؛ لأنه لا ينبغي أن يعقد[٢] السفيه من غير[٣] وليه، فقد تضع/ نفسها في دناءة وفيمن تلحق منه مضرة فيكون له رده، فكل نكاح انعقد بغير مطالعته كان على الوقف والاختيار.

(ب) ١٧٥/ب

---

(١) قوله: (ذلك) زيادة من (ب).

(٢) في (ب): (يعقد برضا).

(٣) في (ب): (غير رضا من)



باب
في تقاسم الأولياء ومنازلهم ومن المقدم منهم قبلُ

والولاية تنصرف إلى ثمانية[١] أقسام: ولاية نسب، وولاية إسلام، ومولى أعلى، ومولى أسفل، ووصي، وحاكم، ومن له بالمتزوجة تربية وقيام، والمالك بالرق.

ثم هم على منازل: فولاية النسب مقدمة على جميع من ذكرنا إلا الوصي والمالك.

ثم ولاية النسب هم على منازل[٢]: فأولاهم الأب، ثم الأخ، وابن الأخ وإن سفل، ثم الجد، ثم العم، ثم ابن العم وإن سفل. والبِكْر والثيب في هذا سواء إلا أن يكون للثيب ولد أو ولد ولد؛ فيقدَّم على الأب ولا حق للأخ للأم ولا للعم للأم في ذلك إلا من باب ولاية الإسلام.

واختلف في الأخوين أحدهما شقيق والآخر لأب فقال في "الكتاب": هما سواء[٣]. وقال مالك وابن القاسم وغيرهما في "كتاب ابن حبيب": الشقيق أولى[٤]. ويجري الجواب في أبنائهما، وفي العمين أحدهما شقيق والآخر للأب، وفي أبنائهما على نحو ذلك، ويختلف فيه كالاختلاف في الأخوين.

وقوله في "كتاب ابن حبيب" أحسن.

والشقيق أحق بأخته؛ لأنه يدلي بزيادة رحم يستحق بها الميراث، والصلاة،

---

(١) في (ب): (ثلاثة).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٥

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١١١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١١/ ٥٣٥.

والولاء دون من يشاركه بالأبوة بانفرادها. وذكر القاضي أبو الحسن علي[١] بن القصار عن مالك، أنه قال: "يجوز للأخ أن يزوج أخته الثيب مع وجود الأب"[٢]، وهو قول مرغوب عنه. والمعروف من قول مالك في ذلك أن عقد الأخ يمضي إذا نزل، ليس أنه يجعل له ذلك ابتداء[٣].

وإذا لم يكن عمٌّ ولا ابن عم، فالرجل من العصبة، ثم من البطن، ثم من العشيرة، ثم ولاية الإسلام.

والمولى الأعلى مقدَّم على المولى الأسفل، والمولى الأعلى والأسفل مقدمان على ولاية الإسلام، وتُقدَّم عليهما ولاية النسب.

ويستحب للمرأة إذا لم يكن لها ولي نسب أن تُوكِّل من المسلمين رجلاً دَيِّناً فاضلاً ولا تُوكِّل غير عدل، ويختلف إذا وكَّلت سفيهاً على ما تقدم في ولاية النسب، ورُوي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: "يزوج المرأةَ وليُّها أو ذو[٤] الرأي من أهلها أو السلطان"[٥].

---

(١) قوله: (علي) زيادة من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٩، قال فيها: «قلت: أرأيت المرأة الثيب إنْ زوَّجها الأولياء برضاها والوصي ينكر؟ قال: ذلك جائز عند مالك، ألا ترى أن مالكاً قال لي في الأخ يزوج أخته الثيب برضاها والأب ينكر أن ذلك جائز على الأب، قال مالك: وما للأب ومالها وهي مالكة أمرها».

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٢.

(٤) قوله: (ذو) ساقط من (ب).

(٥) أخرجه في الموطأ: ٢/ ٥٢٥، في باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما، من كتاب النكاح، برقم (١٠٩٣)، وأخرجه الدارقطني: ٢/ ٢٢٨، في كتاب النكاح، برقم (٣٢)، والبيهقي: ٧/ ١١١، في باب لا نكاح إلا بولي، من كتاب النكاح، برقم (١٣٤١٨).
وانظر: المدونة: ٢/ ١٠٥، ١١٣، ١١٩، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٠٦.

واختلف في معنى قوله: (ذو[١] الرأي من أهلها). فقيل: هو الرجل له الصلاح والفضل. وقيل: هو الوجيه الذي له رأي ومن يرجع إليه في الأمور[٢]. وكلا القولين يحتمل أن يكون هو المراد.

واختلف أيضاً في معنى قوله: (من أهلها). فقال ابن نافع عن مالك: هو الرجل من العَصَبة[٣]. وقال ابن القاسم عنه: هو الرجل من العشيرة[٤].

وقال ابن الماجشون في "كتاب ابن حبيب": هو الرجل من البطن[٥]. وعصبة الرجل أقاربه من قبل الرجال، ثم البطن، وهو أوسع من العصبة، ثم الفخذ، بإسكان الخاء، ثم القبيل.

واختُلف في الولي ووصي الأب، أيهما أحق بالعقد؟ فقال مالك وابن القاسم: الوصي أحق ويشاور الولي[٦].

وقال عبد الملك بن الماجشون في "مختصر ما ليس في المختصر"، ومحمد بن عبد الحكم: لا يزوِّج الوصي إلا أن يكون وليّاً، وقال سحنون في "السليمانية": قال غير ابن القاسم من أصحابنا: الأولياء أولى بالعقد من الوصي[٧].

وهذا القول أحسن؛ لأن الوصي أجنبي من الناس، وإنما هو وكيل على النظر في المال. فإن قيل: إن الأب استخلفه وأقامه مقامه، قيل: ولاية الأب في

---

(١) قوله: (ذو) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٥، ١١٩، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٠٦.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٥٠.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٥٠.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٠٤.

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١١٠.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٠٠.

البضع قد انقطعت بموته. وإنما ولايته في ذلك ما كان حيّاً، ولو كان حقه في الولاية باقياً بعد موته لكان له أن يستخلف من يزوج الثيب من بناته متى أحبت التزويج وإن بعد عشرين سنة، ويستخلف من يزوج المزوجة منهن متى طلقت وأحبت التزويج.

والوصي أولى بالعقد من السلطان؛ لأنهما متساويان في أن لا نسب لهما. وللوصي مزية لما جعل له من النظر والقيام، إلا أن يكون مقاماً من قبل السلطان فيكون السلطان أولى بذلك منه، إلا أن يكون جعل له الإنكاح فيعقد من غير مطالعة له.

وإن كان ولي نسب وسلطان كان ولي النسب أولى إذا كان قريب النسب، كابن العم والرجل من العصبة، إذا كان ممن يستحق الميراث عند عدم من يحجبه كالقيام[(١)] بالدم.

واختلف إذا كان بعيد النسب؛ فالظاهر من المذهب: أن ولي النسب أحق. وقال عبد الملك بن الماجشون: السلطان أولى من الرجل من البطن[(٢)].

فصل

[في أولياء المرأة يختلفون في تولي العقد]

وإذا كان للمرأة أولياء، وهم في المنزلة سواء: إخوة أو بنو إخوة أو أعمام أو بنو أعمام، فاختلفوا أيهم يتولى العقد؟ فقال في "الكتاب": ينظر السلطان في ذلك[(٣)]. وقال عبد الملك بن حبيب: ذلك إلى أفضلهم، فإن استووا في الفضل

(١) في (ب): (والقيام).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٠٤.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٥.

فأسنهم، فإن استووا في الفضل والسن فذلك إلى جميعهم يجتمعون على العقد عليها[١].

قال الشيخ رحمه الله: ولو قيل: إن ذلك إلى جميعهم من غير مراعاة الفضل ولا السن لكان حسناً؛ لأن إدخاله في الجماعة لا يؤدي إلى وصم في النكاح، ولا على من معه ممن ليس مثله في المنزلة معرة. وفي إخراجه وصم عليه وفساد لنفسه من غير ضرورة تدعو إلى ذلك.

واخْتُلف إذا اختَلَفت منزلتهم فعقده الأبعد، على أربعة أقوال: فقال مالك في "المدونة"[٢]: النكاح باطل[٣]، ولا مقال للأقرب فيه[٤]. قاله إذا زَوَّج الأخ مع وجود الأب وكانت ثيباً كان جائزاً[٥].

وقال ابن القاسم: يجوز تزويج ذي الرأي من أهلها مع وجود الأخ، وابن الأخ والجد[٦] وقال سحنون: قال بعض الرواة ينظر السلطان في ذلك، وقال آخرون: للأقرب أن يجيز أو يرد إلا أن يتطاول الأمر أو تلد الأولاد[٧]. وقال عبد الملك بن حبيب: للأقرب أن يفسخه أو يمضيه ما لم يبنِ بها، فإن بنى بها واطلع على عورتها لم يفسخ.

وجملة هذا الاختلاف راجع إلى/ قولين: هل تقدمة الأقرب من باب أولى، (ب) ١٧٦/أ

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٠٦.

(٢) في (ب): (في الكتاب).

(٣) في (ب): (ماضٍ).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٥.

(٥) قوله: (كان جائزاً) ساقط من (ب).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٦.

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٥، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٠٥.

أو ذلك حق له كالقيام بالدم؟

ولم يختلفوا: أن النكاح جائز لا يتعلق به فساد، وإنما الاختلاف: هل يتعلق به حق لآدمي أم لا؟ فجعله مالك، وابن القاسم من باب أولى[١]. وكذلك من قال: ينظر السلطان في ذلك، فيحمل الجواب على أن الأقرب ادعى أنها[٢] وضعت نفسها في دناءة أو فيما يدركها منه معرة أو مضرة، فينظر السلطان فيما يقوله، ولو اعترف[٣] أنها لم تضع نفسها في دناءة ولا حيث تدركها منه معرة يمضي النكاح ولم يفتقر فيه[٤] إلى نظر السلطان.

ومن قال: له فسخه، جعل التقدمة حقّاً له يفسخه وإن كان النكاح سداداً، ما[٥] لم يتعلق بذلك وجه يدركها في الفسخ مضرة، وهو اطلاعه عليها أو كشفه إياها، وقد يجعل له فسخه وإن طال الأمد إذا كان ذلك الزوج ممن تدرك الأولياء منه معرة أو مضرة. وإن كانت المرأة ممن لا قدر لها مضى النكاح ولم يفسخ[٦] العقد قولاً واحداً.

فصل

[في زواج المرأة بولاية الإسلام]

واختلف إذا تزوجت المرأة بولاية الإسلام مع وجود ولاية النسب على خمسة أقوال: فذكر القاضي أبو محمد عبد الوهاب عن مالك أنه قال: النِّكاح

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١٩.

(٢) قوله: (ادعى أنها) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (اعترفت).

(٤) قوله: (فيه) زيادة من (ب).

(٥) قوله: (ما) ساقط من (ب).

(٦) قوله: (النكاح ولم يفسخ) يقابله في (ب): (نكاح الأبعد بنفس).

ماضٍ بالعقد[١].

وقال في "الكتاب": الولي بالخيار بين أن يمضيه أو يرده[٢]. وبه[٣] قال ابن القاسم[٤]. وروي عنه: أنه وقف في إجازته إذا أجازه الولي[٥]. وقال غير ابن القاسم: يفسخ وإن أجازه الولي[٦].

وقال إسماعيل القاضي: يشبه على مذهب[٧] مالك أن يصير الدخول فوتاً. وقال سحنون في "السليمانية": يفسخ أبداً. يريد: وإن تطاول وولدت الأولاد.

وجميع هذا الاختلاف راجع إلى ثلاثة أقوال: هل تقدمة ولاية النسب على ولاية الإسلام من باب أولى، أو ذلك حق لآدمي[٨]، أو حق لله سبحانه؟

فعلى ما ذكره أبو محمد[٩] عبد الوهاب؛ ولي النسب مُقدَّم من باب أولى، فأمضاه له، ومرة رآه حقّاً له، فيقوم بحقه في ذلك، فيفسخه أو يسقط حقه فيمضي النكاح، وهو في هذين القولين بمنزلة الوليين: أحدهما أقرب من الآخر.

ورأى مرة أن ذلك حق لله سبحانه، فإن عقد على غير ذلك كان فاسداً،

---

(١) انظر: المعونة: ١/ ٤٨١.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١١٩.

(٣) قوله: (وبه) ساقط من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١١٩.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٠

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٠.

(٧) في (ب): (على قول).

(٨) في (ب)، (ق٥): (له).

(٩) قوله: (أبو محمد) زيادة من (ب).

وترجحت عنده الدلائل مرة[١]: هل ذلك حق له، أو حق لله سبحانه؟ فوقف عند إجازة الولي إياه.

واختلف عنه في المرأة الدنيئة ليست ذات منصب، والمعتقة؛ فرأى مرة أن كل الناس لها ولي، [٢] ورأى مرة أن ولايتها تختص بمن له نسب مثل غيرها ممن له قدر، وإن كانت المرأة من الموالي وهي ذات شرف كانت بمنزلة غيرها ممن له المنصب من غير الموالي. فقال في "الكتاب" في امرأة من الموالي ذات شرف تزوجت رجلاً من قريش[٣] ذا شرف ودين ومال، واستخلفت رجلاً فزوجها، قال: للولي فسخه إن شاء. فجعل للولي فسخه، وإن كانت لم تضع نفسها في دناءة[٤].

قال الشيخ رحمه الله: لم يختلف المذهب أن ولاية الإسلام في النكاح ولاية صحيحة تطالب بها المرأة عند عدم ولاية النسب. فيصح النكاح[٥] بوجوده ويفسد بعدمه إذا باشرت العقد بنفسها ولم تستخلف رجلاً.

ولم يختلف المذهب أيضاً أن لولي النسب أن يمنع وليته من أن تضع نفسها فيمن تدركه منه معرة أو مضرة، وأن ليس لها أن تزوج نفسها من غير مطالعته؛ لما يتعلق له[٦] في ذلك من الحق من هذا الوجه، وإذا كان ذلك بطل أن يقال: إنه نكاح انعقد بغير ولاية؛ فكان الصحيح: أنه نكاح صحيح انعقد بولاية

---

(١) قوله: (مرة) زيادة من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١١٢، والتفريع: ١/ ٣٦٦.

(٣) قوله: (من قريش) ساقط من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١١٧.

(٥) قوله: (النكاح) زيادة من (ب).

(٦) قوله: (له) زيادة من (ب).

وفيه حق لولي آخر، ومما يؤكد[1] ذلك تفرقة مالك على المشهور من قوله بين الدنيئة وغيرها؛ فثبت بهذا أن ذلك في ذات المنصب من حق الولي لا لحق الله سبحانه، فإن وضعت نفسها فيما يدركه منه ضرر كان له فسخه، وإن دخل بها، وإن وضعت نفسها في كفاية[2] ومن هو كفؤ لمثلها مضى نكاحها[3]، ولو مُكِّن من فسخه لم يجعل ذلك له بعد الدخول.

فصل

[فيما للأب في ابنته والسيد في أمته من حق فيما إذا تزوجت بغير وكالة منهما]

وهذا فيما سوى رجلين: الأب في ابنته البكر. والسيد في أمَتِه. فإنه لا خلاف أن لهما فسخ ما عقداه بغير وكالة منهما، وإن وقع الدخول وطال الأمد.

واختلف فيه: هل يصح النكاح ويمضي إذا أجازه الأب أو السيد؟ فمنع ذلك في الكتاب ورآه فاسداً[4]. وذكر القاضي أبو محمد عبد الوهاب عن مالك أنه أجاز ذلك في الأَمَة إذا أجازه السيد[5]؛ وعلى هذا يجوز في البكر إذا أجازه الأب. وقال في "الكتاب": إذا زوَّج الأخ أخته البكر بغير رضى الأب، فأجازه الأب، قال: لا يجوز إلا أن يكون ابناً قد فوض إليه أبوه جميع[6] أمره فهو

---

(١) في (ب): (يؤثر).

(٢) في (ب): (كفالة).

(٣) في (ب): (نكاحه).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١١٩.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١١٣، والتلقين: ١/ ١١٣.

(٦) قوله: (جميع) ساقط من (ب).

الناظر له والقائم بأمره في ماله ومصلحته فيجوز إذا رضي الأب[١].

فصل

[في غيبة الولي]

واختلف إذا كان الولي غائباً، هل يقوم السلطان مقامه في النظر في ذلك أم لا؟ فقال في "المدونة"[٢]: إذا كان الولي بعيد الغيبة؛ نظر السلطان فيه[٣] فيفرق إن كانت الفرقة خيراً، أو يتركها إذا كان الترك خيراً[٤].

وعلى قوله هذا إذا كان الولي قريباً وقف الزوج عنها حتى يكتب إلى الولي.

وقال في "كتاب محمد": لا ينظر في ذلك فيما بعد منه، أو قرب، حتى يقدم الولي. وإن قدم الولي[٥] وخاصم فيه وكانت المرأة ممن لها العشيرة، وأهل البيوت[٦] لم يجز ذلك، إلا في شيء قد فاته، وتزوجها كفؤ. وقال أيضاً: إذا كان الولي غائباً، أو الولي ضعيفاً؛ فإنها تأمر رجلاً يزوجها؛ فيجوز[٧] ذلك إذا لم تضع نفسها في دناءة، قيل له: ولا ترفع[٨] إلى السلطان؟ قال: ليس كل امرأة تقدر أن ترفع إلى[٩] السلطان[١٠].

فرأى في القول الأول أن يقوم السلطان في ذلك للغائب، فإن لم تكن من

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٥.

(٢) في (ب): (في الكتاب).

(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١١٨.

(٥) قوله: (الولي) زيادة من (ب).

(٦) في (ب) (الثبور)

(٧) في (ب): (فيجوز له)

(٨) قوله: (ذلك إذا لم تضع نفسها في دناءة، قيل له: ولا ترفع) يقابله بياض في (ب).

(٩) قوله: (تقدر أن ترفع إلى) يقابله بياض في (ب).

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٠٤.

الغائب وكالة على القيام بذلك كان من التعدي عليه، والتعدي والغصوب يقام لأهلها[١] بها[٢]، وإن لم يكن من المتعدى عليه في ذلك وكالة.

ولم يرَ ذلك في القول الآخر حتى يقوم لنفسه في ذلك؛ للاختلاف في الولاية ابتداء، وأن للمرأة أن تزوج نفسها، فكان ذلك أضعف من الحقوق المتفق/ على أنه متعدٍّ فيها. (ب) ١٧٦/ب

وأجاز لها في القول الثالث أن تزوج نفسها ابتداء من غير حاكم؛ لأن ولاية الإسلام[٣] ولاية في الحقيقة، ومقال الأقرب من باب أولى، ولئلا تضع نفسها فيما يلحقه منه ضرر، فإذا اجتهدت لنفسها في السلامة من ذلك جاز. وهذه الرواية تؤيد ما ذكره القاضي[٤] أبو محمد عبد الوهاب، إذا تزوجت بولاية الإسلام مع وجود ولاية النسب أنه ماضٍ.

فصل

[في المرأة لها وليان أقربهما غائب]

واخْتُلف إذا كان للمرأة وليان حاضر وغائب، والغائب أقرب من الحاضر، فقيل: حق الغائب قائم بخلاف الميت، فينظر السلطان للغائب، وقيل: التزويج للحاضر. ويختلف إذا تزوجت بولاية الإسلام فأجازه الأبعد الحاضر. فقال في "الكتاب": ينظر السلطان للغائب فإن كان مما يجيزه الغائب

---

(١) قوله: (يقام لأهلها) بياض في (ب).

(٢) في (ب): (فيها).

(٣) في (ب): (النسب).

(٤) قوله: (القاضي) ساقط من (ب).

لو كان حاضراً أجازه وإلا ردَّه[١]. والقول الآخر: تكون[٢] إجازة الحاضر إجازة ولا ينظر إلى ما سوى ذلك إن شاء الله[٣].

فصل

[في البكر يغيب عنها أبوها]

للبكر يغيب عنها أبوها أربع حالات:

حالة تمنع معها من النكاح دعت إليه[٤] أو لم تدع.

وحالة تجبر فيها على النكاح في الوجهين جميعاً.

وحالة إذا دعت إلى النكاح زُوِّجَت، وإن لم تدع لم تُزَوَّج.

وحالة يختلف في تزويجها إذا دعت إليه.

وكل[٥] ذلك راجع إلى صفة الغيبة، وحالتها من الصيانة لنفسها، ووجود[٦] النفقة. فإن كان السفر قريباً لم تزوج، وكذلك الزوج إذا كان بعيداً لا تزوج[٧]، أو كان أسيراً أو فقيراً وهي في حال صيانة ولم تدع إلى التزويج- فإنها لا تُزَوَّج.

وإن[٨] دعت إليه ولم تكن منه نفقة وهي تحت حاجة زُوِّجت، وإن كانت

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١٢.

(٢) قوله: (تكون) زيادة من (ب).

(٣) قوله: (إن شاء الله) ساقط من (ب)، وانظر: المدونة: ١/ ١١٢، ١١٣.

(٤) قوله: (إليه) ساقط من (ب).

(٥) قوله: (كل) ساقط من (ب).

(٦) في (ب): (ووجوب).

(٧) قوله: (لا تزوج) ساقط من (ب).

(٨) في (ق٥): (لو).

نفقته جارية عليها وكان أسيراً أو فقيراً - زُوِّجت.

واختلف إذا عُلِمت حياته ولم يكن أسيراً، فظاهر قوله في "الكتاب": أنها تزوج[١]. وقال في "كتاب محمد": لا تزوج[٢].

وإن خشي عليها الفساد زُوِّجت ولم تترك، دعت إلى ذلك أم لا.

والتزويج إذا كانت النفقة جارية عليها وهي في حال الصيانة، إنما يصح بعد البلوغ، وإذا عدمت النفقة وكانت بحال الحاجة، أو خشي عليها الفساد- يصح وإن لم تبلغ.

واختلف لمن يكون العقد عليها؟ فقال في "الكتاب": يرفع أمرها إلى السلطان فينظر لها ويزوجها[٣].

وقال في "كتاب محمد": للأخ أن يزوجها برضاها. فجعل ذلك في القول الأول إلى السلطان؛ لأن ذلك من حقوقه، والسلطان ينظر للغيّب[٤] فيما يكون لهم من حقوقهم، ورأى في القول الثاني أن ذلك للأخ؛ لأنه في معنى الميت عند عدم النظر في ذلك. وهو أولى.

فصل

[فيمن للأب إجبارها وعليه استئمارها من النساء]

النساء على ضربين: بكر وثيِّب. والبِكْر على ثلاثة أوجه: غير بالغ، وبالغ غير معنسة، ومعنسة. فإن كانت غير بالغ كان للأب أن يجبرها على النكاح من

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٦.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٢٧، ٣٢٨، ٥/ ٣٦

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٦.

(٤) في (ب): (للغائب).

غير مؤامرة[١]. واختلف إذا كانت بالغاً غير معنسة؛ فقال في "الكتاب" أن له أن يجبرها[٢]. وقال في "كتاب محمد": إن شاورها فذلك أحسن[٣].

قال الشيخ رحمه الله: وهو أحوط للخروج من الخلاف، ويكون العقد على صفة مجتمع عليها، ولما روي عنه ﷺ أنه قال: «وَالبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا» أخرجه مسلم[٤].

اختلف عنه في المعنسة هل تجبر، أو لا تجبر[٥] وتكون في هذا كحكم الثيِّب[٦]؟

وأن لا تجبر أحسن؛ لأن المعنسة يخلص إليها من العلم فيما يراد من ذلك مثل ما يخلص إلى الثيِّب[٧] تصاب مرة[٨] ثم تطلق، بل يتقرر في نفسها أكثر. وإذا كان كذلك كان الأمر إليها، فإن كرهت التزويج جملة لم تجبر عليه، وإن رغبت في غير من رغب فيه الأب زوجت منه إذا لم تدع إلى غير صواب.

والثيّب على ثلاثة أوجه[٩]: بالغ تأيمت بعد البلوغ.

---

(١) في (ب): (أمر).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٩٤

(٤) أخرجه مسلم: ٢/ ١٠٣٧، في باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، من كتاب النكاح، برقم (١٤٢١).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٩٥.

(٦) في (ب): (البنت)، وانظر: المعونة: ١/ ٤٦٩، والتلقين: ١/ ١١٢.

(٧) في (ب): (البنت).

(٨) في (ب): (ليلة).

(٩) قوله: (أوجه) ساقط من (ب).

وغير بالغ دخل بها قبل البلوغ[١]، وأراد أبوها أن يزوجها قبل أن تبلغ.

وغير بالغ ثم بلغت بعد الطلاق.

فإن كانت مدخولاً بها ثم طلقت لم تجبر ولم يزوجها إلا برضاها.

واختلف فيمن دخل بها وطلقت قبل البلوغ على ثلاثة أقوال: فقال سحنون: للأب أن يزوجها[٢] بلغت بعد الطلاق أو لم تبلغ[٣]. وقال أشهب في "كتاب محمد": تجبر قبل البلوغ ولا تجبر بعده[٤]. قال أبو تمام[٥]: لا تجبر بحال[٦] بلغت أو لم تبلغ.

وقول أشهب في هذا أحسن؛ لأن المرأة قبل البلوغ كارهة في ملاقاة الرجل، وإنما هي[٧] تميل إليه بعد البلوغ[٨]، فهي الآن في معنى من يجهل الرغبة ومعرفة ذلك، فتكون قد اجتمع لها المباشرة قبل البلوغ، وما تجده الآن في نفسها، وكثير من النساء من تكون غير راغبة في الرجل بعد البلوغ، كما يوجد في بعض الرجال من يكون ضعيف الشهوة، ويقيم عزباً مع وجود

---

(١) قوله: (البلوغ) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (أن يزوجها) يقابله في (ب): (إجبارها).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٠٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٩٦.

(٥) هو: علي بن محمد بن أحمد البصري، من أصحاب الأبهري، كان جيد النظر، حسن الكلام حاذقاً بالأصول، وله كتاب مختصر في الخلاف، سماه "نكت الأدلة". وكتاب آخر في الخلاف كبير. وكتاب في أصول الفقه. ولم أقف على تاريخ وفاته. انظر: ترتيب المدارك، ص ٢١٧، والديباج المذهب: ١/ ١٩٩.

(٦) قوله: (بحال) ساقط من (ب).

(٧) قوله: (هي) ساقط من (ب).

(٨) قوله: (البلوغ) ساقط من (ب).

الطَّوْل، وإذا كان ذلك وجب أن يرجع إلى ما تدعو إليه من ذلك ولا تجبر، وإذا كانت الثيوبة بملاقاة[1] بعد البلوغ لم تجبر قولاً واحداً.

فصل

[في الثيوبة التي تسقط الإجبار]

الثيوبة التي تسقط الإجبار ما كانت عن نكاح، صحيحاً كان أو فاسداً، مجمعاً عليه أو مختلفاً فيه[2]، أو على وجه الملك، كان ذلك الملك[3] على وجه صحيح أو فاسد، إذا أعتقت أو استحقت بحرية أصيبت في طهر أو حيض؛ لأن المعنى الذي يراد منها معرفته في المستقبل قد وصل إليها في الماضي.

واختلف إذا كانت الإصابة عن زنى أو غصب: فقال في "الكتاب": إذا زنت فحُدَّت يزوجها كما يزوج البكر[4]. وقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: الغصْب والتطوع في ذلك سواء- تجبر[5]. وقال أبو القاسم ابن الجلاب: الثيِّب بنكاح أو زنا[6] سواء - لا تجبر[7].

قال الشيخ رحمه الله: أرى أن تكون كالثيب[8] بنكاح، وأن يكون إذنها صماتها كالبكر؛ فلا تجبر لوصول العلم إليها بما يراد[9] من ذلك، ولمباشرتها

---

(١) في (ب): (طلاقاً به).

(٢) قوله: (مجمعاً عليه أو مختلفاً فيه) يقابله في (ب): (مختلفاً فيه أو مجتمعاً على فساده).

(٣) قوله: (الملك) زيادة من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٠١.

(٥) انظر: المعونة: ١/ ٤٧٦، والتلقين: ١/ ١١٣.

(٦) في (ق٥): بالنكاح أو الزنا.

(٧) قوله: (لا تجبر) يقابله في (ب): (وتجبر). وانظر: التفريع: ١/ ٣٦٢.

(٨) في (ب): (الثيب).

(٩) قوله: (بما يراد): ساقط من (ب)

فهي من هذا الوجه كالثيب، ولا فرق بين أن يكون ذلك عن حلال أو حرام، وكالبكر في صفة الإذن؛ لأنها تستحي أن تقول: نعم، / وعليها من الحياء لما سبق لها[1] ما تعذر به في النطق.

(ب) ١٧٧/أ

فصل

[في حدِّ إجبار الأب]

ويصح ارتفاع الجبر مع[2] الأب مع بقاء البكارة وعدم التعنيس، ووجود الإجبار مع الثيوبة لما كان من الإصابة بعد البلوغ. فإذا طال بقاء[3] البكر عند الزوج مدة يخلص فيها[4] إليها العلم بحال الرجال مع النساء، ثم وقع الفراق، وهي بحال البكارة - ارتفع الإجبار[5].

واختلف هل لذلك حَدٌّ أم لا؟ فقيل: له حَدٌّ وهو سَنَة. وقيل: لا حَدَّ له إلا ما يرى أن تلك الإقامة تعلم منها ما تعلمه الثيِّب[6]. وهو أحسن.

وتجبر الثيب إذا ظهر منها الفساد، ولم يقدر وليها على صيانتها، أو لم يكن لها ولي يصونها، واستحسن أن يُرفع ذلك مع عدم الأب إلى حاكم فيجتهد فيمن يزوجها منه، فإن زوجها ولي من غير حاكم مضى فعله عليها. وإن طُلِّقت بالقرب وادعت البكارة، وخالفها الأب، كان القول قوله، ولا تلزمه نفقتها.

---

(١) قوله: (لها) زيادة من (ب).

(٢) في (ب): (من).

(٣) في (ب): (مقام).

(٤) قوله: (فيها) زيادة من (ب).

(٥) انظر: التلقين: ١/ ١١٢.

(٦) انظر: المعونة: ١/ ٤٧٧.

فصل

[فيمن له الجبر في الإنكاح]

الجبر يختص بالآباء، وبمن أقامه الأب في حياته، أو بعد وفاته، وإذا عين الأب الزوجَ الذي يزوج ابنته منه.

واختلف إذا لم يعينه الأب، وجعل ذلك إلى اجتهاد من أقامه لذلك، فقيل: للمُقام إجبارها، ويُنكحها ممن يراه حسن نظر لها قبل البلوغ وبعده. وهذا هو المعروف من قول مالك[١]. وقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: ليس له إجبارها، قال: لأن الأب، إنما ملك ذلك لأمر يرجع إليه لا يوجد في غيره[٢].

يريد: ما جعل سبحانه في الآباء من الحنان والشفقة والرأفة على الولد، فكان ما خصوا به[٣] من ذلك، يبلغ بهم من الاجتهاد لبناتهم ما لا يبلغه غيرهم.

وهو أحسن، وأتبع للحديث في قوله ﷺ: «**لَا تُزَوَّجُ الْيَتِيمَةُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ**»[٤].

وفي "كتاب ابن أشرس"[٥] عن مالك أنه إذا عين الأبُّ للوصي، ولم يجعل

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٩.

(٢) انظر: المعونة: ١/ ٤٨٤.

(٣) قوله: (به) ساقط من (ب).

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه: ١/ ١٥٥، في باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، من كتاب الوصايا، برقم (٥٥٩).

(٥) قال في القاضي عياض في ترجمته: (قال أبو العرب: هو أنصاري من العرب من أهل تونس كنيته أبو مسعود ونسبه ولم يسمه، وسماه المالكي العباس. وقالوا: هو مولى الأنصار. وقاله =

التزويج بقرب موته - أنه لا يجبر، فقال: إذا قال الأب: إذا بلغت ابنتي فزوجها من فلان، لم يجز ذلك عليها إذا بلغت فكرهت[١].

فصل

[في الوصيِّ والوليِّ ليس له الإجبار]

وليس للأوصياء إذا لم يجعل لهم الإجبار، ولا للأولياء أن يزوجوا الإناث إلا بعد البلوغ والاستئذان.

واختلف في البكر تشارف المحيض: فقال ابن القاسم: لا بأس إذا جرت عليها المواسي أن تزوج برضاها[٢]. وقال مرة: لا تزوج حتى تبلغ، وإن زوجت قبل ذلك فسخ نكاحها[٣]. وقال محمد: لا يفسخ إذا زوجت[٤].

وقال الشيخ رحمه الله: وهذا أبين، وقد حكم النبي ﷺ في بني قريظة فيمن أنبت بالقتل[٥]، وأخرجهم بالإنبات من حكم الذرية إلى حكم من بلغ.

وقال مالك في "كتاب محمد" في صبية بنت عشر سنين في حاجة تتكفف الناس: لا بأس أن تزوج برضاها. قال وإن كانت صغيرة لم تنبت[٦].

=

أبو سعيد بن يونس. وقال اسمه عبد الرحمن... انتهى. وكذلك قال ابن فهر، رجح المالكي اسمه العباس، قال: وهو ثقة فاضل. سمع من مالك بن أنس ومن ابن القاسم، روى عن مالك، وروى عنه ابن وهب وسعيد بن أبي جعفر وعمران بن هارون بمصر. انظر: ترتيب المدارك: ١٨٧، ١٨٨.

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٢٨٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٩٨، والمواسي: المراد به من نبتت عانته.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٩٨.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٩٨.

(٥) راجع ذلك في كتاب الجهاد، ص: ١٣٩٦.

(٦) انظر أيضا: البيان والتحصيل: ٤/ ٢٨٢.

فأباح أن تزوج[(١)] وإن لم تنبت لمكان ما هي به من الخصاصة والكشفة، وهذا أحسن؛ لتغليب أحد الضررين. فأجاز ذلك إذا كانت بنت عشر سنين برضاها؛ لقوله ﷺ: «لَا تُزَوَّجُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ»[(٢)]. فرأى أن بنت عشر سنين[(٣)] عندها من التمييز ما تؤمر له بالصلاة، وتعاقب عليها إن لم تفعل[(٤)] مع الضرورة التي بها، وإن كانت صغيرة لم تعرف ما تستأذن فيه إن استؤذنت، وإن أسقط استئذانها- كان قد خالف الحديث.

فصل

[في تزويج الوصي أو الولي للصغيرة]

وإذا زوَّج الوصي أو الولي صغيرةً من غير حاجة تدعو إلى ذلك لم يجزْ وفسخ النكاح الآن[(٥)].

واختلف إذا لم ينظر فيه حتى بلغت، فقيل: النكاح فاسد[(٦)]، يفرق بينهما وإن رضيت به، وإن أدرك ذلك قبل الدخول طال ذلك أو لم يطل وإن أدرك بعد الدخول ولم يطل جاز إن رضيت[(٧)]، وإن طال الأمر بعد الدخول مضى.

---

(١) قوله: (فأباح أن تزوج) ساقط من (ب).

(٢) متفق عليه، البخاري: ٥/ ١٩٧٤، في باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، من كتاب النكاح، برقم (٤٨٤٣)، ومسلم: ٢/ ١٠٣٦، في باب استئذان الثيب بالنطق، من كتاب النكاح، برقم (١٤١٩).

(٣) قوله: (سنين) زيادة من (ب).

(٤) لما في حديث أبي داود وغيره من قول النبي ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع». وقد سبق تخريجه في كتاب الصلاة الأول، ص: ٣٢٧.

(٥) في (ب): (الأول)، وانظر: المدونة: ٢/ ١١٤.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٩٩.

(٧) قوله: (جاز إن رضيت) ساقط من (ب).

يريد: وإن كرهت.

وقيل: النكاح جائز يتعلق به حق لآدمي، وهي الزوجة. فإن رضيت ثبت، وإن كرهت فسخ.

يريد[١] ما لم يطل ذلك بعد الدخول، أو يكون بعد[٢] دخوله بها وهي عالمة أن لها الخيار، فيسقط خيارها بنفس الدخول.

قال ابن القاسم في "العتبية": يكره أن يزوج الصغيرة أحدٌ إلا أبوها حتى تبلغ. قال: ولا أعلم مالكاً كان يبلغ بها أن يقطع الميراث بينهما[٣].

وأرى[٤] أن يتوارثا، فإنه أمر عليه جل الناس قد أجازوه.

وقد زوَّج عروةُ بن الزبير أخته صغيرة[٥] والناس يومئذٍ متوافرون.

ففسخه في القول[٦] الأول؛ لأنه نكاح فيه خيار، وأجازه في القول الثاني؛ لأن الولي والزوج دخلا على البنت، والخيار أمر أوجبته الأحكام لا سيما إن كانا يجهلان[٧] موجب الحكم في ذلك، فأشبه[٨] تزويج العبد بغير إذن سيده، فلا خلاف أن لسيده فسخه، وإجازته[٩] بعد ذلك.

---

(١) قوله: (يريد) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (بعد) ساقط من (ب).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٦٤، ٣٦٥.

(٤) قوله: (وأرى) ساقط من (ب).

(٥) قوله: (صغيرة) زيادة من (ب).

(٦) قوله: (القول) زيادة من (ب).

(٧) في (ب): (يجعلان).

(٨) قوله: (فأشبه) يقابله في (ب): (ما يشبه).

(٩) في (ب): (وأجاز له).

وترجح فيه قول[1] ابن القاسم لقوة الخلاف فيه، وأشبه عنده أن يحمل الحديث في الاستئذان على من يصح إذنه، وهي البالغ ويكون الأمر في غير البالغ مسألة اجتهاد، وكأنه لم يرد فيها حديث.

فصل

[في زواج الابن أو البنت الثيب بغير أمرهما]

واختلف إذا زوج الأب ابنه البالغ الرشيد أو ابنته الثيب بغير أمرهما، فأجازا ذلك لَمَّا بلغهما، فأجاز مالك ذلك مرة إذا كانت الإجازة بقرب العقد، ومنعه إذا بعد ما بينهما لغيبة، أو لتأخير الإعلام[2].

وقال أصبغ في "كتاب محمد": اختلف قول مالك في ذلك: فقال: لا[3] أحب المقام عليه إذا رضي. وقال أيضاً: إذا رضي به جاز. ولم يفرق بين ذلك قرب أو بعد[4]. وقال سحنون في القرب مثل ما بين مصر والقلزم، وإن كان مثل مصر والإسكندرية أو أسوان لم يجُز[5].

واختلف بعد القول بمنع الإجازة في صفة الفسخ: فقال ابن القاسم: يفسخ قبل الدخول[6]، ويثبت إذا دخل؛ لأن جل الناس على إجازته. وقال أصبغ: يفسخ قبل الدخول وبعده. وقال أيضاً: يؤمرون بالترك والفسخ من

---

(١) قوله: (قول) ساقط من (ب).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٢٦٧.

(٣) قوله: (لا) ساقط من (ب).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٩، البيان والتحصيل: ٤/ ٢٦٩.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٢٦٨.

(٦) قوله: (الدخول) ساقط من (ب).

غير حكم؛ لاختلاف العلماء فيه[١].

فأما تفرقته بين القلزم والإسكندرية فمنع؛ لأنه نكاح فيه خيار، إلا أن تكون الإجازة بقرب المجلس، وأجازه في القول الآخر؛ لأن نكاح الخيار ما عقد عليه الزوجان، وهذا بلا عقد؛ إذ لم تكن من الآخر فيه وكالة/ ، ولا عقد على خيار، ولا غيره، ولا أعلم لقول سحنون في تفرقته بين القلزم والإسكندرية وجهاً، إلا أن يقول إن الخيار إلى يوم أو يومين جائز والفسخ بعد الإجازة بطلاق، ولا ميراث[٢] بينهما وتقع به الحرمة، وفسخه قبل الإجازة، إذا لم يرض به الغائب، بغير طلاق ولا ميراث بينهما فيه.

(ب) ١٧٧/ب

واختلف في وقوع الحرمة به، والصواب أن لا تقع به حرمة؛ لأنه غير منعقد وعلى الرد حتى يتم ويرضى به من عقد بغير رضاه.

فصل

[في إجبار الولد إذا كان صغيراً]

وأما الذكر[٣] فللأب أن يجبر[٤] ولده إذا كان صغيراً، ويختلف فيه إذا كان بالغاً سفيهاً[٥]، واختلف في إجبار الوصي من في ولايته من صغير أو كبير، وليس ذلك للولي في صغير أو كبير.

فأجاز في "الكتاب" أن يزوِّج من في ولايته من صغير أو كبير[٦]. وقال في

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٢٦٨.

(٢) قوله: (ولا ميراث) يقابله في (ب): (والميراث).

(٣) في (ب): (الذكران).

(٤) في (ب): (أن يخير).

(٥) قوله: (ويختلف فيه إذا كان بالغاً سفيهاً) زيادة من (ب).

(٦) قوله: (أو كبير) ساقط من (ب)، وانظر: المدونة: ٢/ ١١٠.

"كتاب محمد": ليس في هذا نظر ولا يعجبني[1]. وقال المغيرة في "كتاب المدنيين" إن كانت امرأة ذات شرف ومال أو ابنة عم جاز[2].

وأجاز ابن القاسم إجبار البالغ السفيه، ومنعه عبد الملك بن الماجشون إلا برضاه[3].

وقال مالك في "مختصر ما ليس في المختصر": أعجب إليَّ أن لا يزوج المغلوب على عقله، وما رأينا أحداً زوج مثل هذا.

قال في "المختصر": وفي المصابة لا تزوج؛ لأنه لا[4] أمر لها. قياساً على هذا، فوجه إجازة تزويج الصغير بخلاف الصغيرة[5]؛ لأنه مشترٍ[6] له ما يرى فيه الصلاح، وله أن يحل ذلك عن نفسه إذا بلغ وكره ذلك، وليس للصبية حل ذلك عن نفسها.

ووجه المنع أنه يشتري له شيئاً لا يصح منه قبض المشترى الآن، وإنما يصح منه الانتفاع به بعد البلوغ في وقتٍ الغالب منه إيناس الرشد منه[7]؛ لأن الغالب من بني آدم الرشد وحسن النظر في الدنيا والكَلَب[8] عليها. وإذا كان كذلك كان من الصواب أن يؤخر ذلك ليكون هو الناظر لنفسه فيه، وليس

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٦.

(٢) قوله: (جاز) زيادة من (ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٦.

(٤) قوله: (لا) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): (الصغيرة بخلاف الصغير).

(٦) في (ب): (مشير).

(٧) في (ب): (الغالب منه الإيناس والرشد).

(٨) في (ب): (والطلب).

كذلك ما يشترى له من السلع؛ لأن السلع يصح منها الانتفاع بالربح أو بالاغتلال أو باللباس إذا كان ذلك للباسه، ويلزم على هذا الأب ألا يزوج ولده في حال صغره.

وقول المغيرة عدل بين هذه الأقوال[1]؛ ألا يزوج إلا أن يرى غبطة، أو ما يخشى فواته، ولا يتيسر في الغالب مثله، وإن كان على غير ذلك لم يزوج.

وإن بلغ رشيداً نظر حينئذٍ إما أن يتزوج أو يرى غير ذلك، وإن بلغ سفيهاً كان له اجتهاد غير ما يراه الآن.

وأما السفيه فلإجباره وجه؛ لأنه يشتري له ما يصح منه الانتفاع به الآن.

ونكاحه على أربعة أوجه: واجب، وجائز، وممنوع، ومستحسن.

فإن كان يخشى عليه فساد إن لم يزوج، ولا يخاف منه المبادرة إلى الطلاق كان تزويجه واجباً، دعا إلى ذلك أو لم يدع إذا لم يكن لتسرره[2] عنده وجه.

وإن كان لا يخاف منه فساد ولا مبادرة إلى الطلاق كان واسعاً: إن شاء فعل ذلك[3] وإن شاء ترك ما لم يدع إلى ذلك، فإن دعا إلى ذلك كان عليه أن يزوجه.

وإن كان ممن[4] يخاف منه المبادرة إلى الطلاق لما علمه من خفته وطيشه وقلة تثبته، ولا يخاف منه فساداً- منع من تزويجه، دعا إلى ذلك أو لم يَدْعُ إلا أن يكون الصداق تافهاً[5] يسيراً.

---

(١) في (ق٥): (الأقاويل).

(٢) في (ق): (لتسريه)، وفي (ب): (ليسره).

(٣) قوله: (ذلك) زيادة من (ب).

(٤) قوله: (ممن) زيادة من (ب).

(٥) قوله: (تافهاً) ساقط من (ب).

وإن كان لا يُؤمن فساده، وكان يقدر على حفظه من ذلك وصيانته فعل ولم يزوجه، وإن لم يقدر على ذلك زوَّجه بعد التربص.

وأما المجنون فإن كان لا يُفيق لا يصح طلاقه، وسقط اعتبار هذا الوجه[١]، فإن كان لا يخشى منه فساداً لم يزوجه، وإن كان يخشى ذلك منه[٢] زوجه؛ لأنه وإن كان لا يتعلق بزناه في نفسه حدٌّ، فليس مما يعان عليه؛ ولأن فساده مع من يتعلق بها الحدُّ، فتركه معونة على ما لا يحل.

واختلف في السفيه تكون له الابنة: هل له أن يزوجها[٣]، أو المشورة دون العقد، أو لا يكون له في ذلك عقد ولا إذن؟

وذلك راجع إلى حال الأب، فإن كان له عقل ومَيْز ودين إلا أنه غير ممسك لماله، فرب سفيه تجوز شهادته- كان هو الناظر لابنته، فمن حسن عنده زوجها منه قبل البلوغ، وكان له أن يجبرها على ذلك.

ويستحسن مطالعة الوصي، وإنما كان التزويج إليه؛ لأن الحاجة التي[٤] حجر عليه غير الوجه الذي بطلت[٥] منه الآن.

وإن كان ناقص التمييز كان النظر في عين الزوج ومن يحسن لابنته- إلى الوصي، فمن حسن عنده زوج منه وإن لم يرضه الأب، ولا تزوج إلا بعد البلوغ، والاستئذان منها كاليتيمة.

---

(١) في (ب): (هذه الوجوه).

(٢) قوله: (منه) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (تزويجها).

(٤) قوله: (الحاجة التي) يقابله في (ب): (الوجه الذي).

(٥) في (ب): (يطلب).

ثم يختلف فيمن يتولى العقد حسب ما تقدم في ولاية الفاسق والسفيه، فمن منع منهم[١] ولايتهم جعل النظر إلى الوصي والعقد إلى الأب، فإن كان الأب فقيد العقد لم يكن له نظر ولا عقد، وقد وقع في "كتاب محمد" في هذه المسألة اضطراب. والفقه فيها ينحصر إلى هذه الوجوه.

وإن بادر الأب بالعقد في الموضع الذي يمنع منه لنقص تمييزه لم يعجل في ذلك بطلاق حتى يختبر ذلك، فإن كان إمضاؤه من حسن النظر أمضاه، وإلا فرق. وكذلك إذا كان سفيهاً لم يضرب على يده، وليس في ولائه، فإنه[٢] ينظر في عقده ذلك إذا كان عقده بالإجبار، فإن كان فيه حسن النظر أمضاه[٣] وإلا رده ولا يمضي فعله، وذلك بخلاف أفعاله في ماله؛ لأن عقد الأب على ابنته فيه معنى الوكالة لغيره، ولا يصح أن يكون وكيلاً لغيره من لا يحسن النظر لنفسه.

فصل

[في تزويج الوصي عبيده وإجبارهم]

وللوصي أن يزوج عبيدَ مَنْ في ولايته[٤] وإماءَهم، يُزوِّج بعضهم من بعض ومن الأجنبيين.

وللسيد[٥] إجبار عبده وأمته على النكاح ما لم يقصد بذلك الضرر فيمنع.

قال مالك في "كتاب محمد": مثل الجارية المرتفعة لها الحال يزوجها من

---

(١) قوله: (منهم) زيادة من (ب).

(٢) قوله: (فإنه) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (أمضاه) زيادة من (ب).

(٤) قوله: (ولايته)، في (ق٥) (ولاءه).

(٥) في (ب): (فصل، وللسيد).

عبد له أسود، وعلى غير[1] وجه الصلاح- فهذا لا يجوز وهو ضرر. قال: وليس ينظر إلى الوغد في المنظرة فرب وغد له المخبرة. وإنما يرد من ذلك ما كان على وجه الضرر[2].

(ب) ١٧٨/أ

وليس للسيد إجبار من أعتق/ بعضه من عبد أو أمة.

واختلف: هل له أن يجبر من فيه عقد حرية من تدبير أو كتابة أو عتق إلى أجل؟ على أربعة أقوال:

فقيل: له إجبارهم؛ لأنهم الآن على الرق ولم يصيروا إلى حرية بعد.

وقيل: ليس له إجبارهم للشبهة التي لهم من الحرية بالعقد الذي عقد لهم.

وقيل: ذلك له في كل من له أن ينتزع ماله دون من ليس له أن ينتزع ماله، فيمنع من إجبار المكاتب والمكاتبة ومن إجبار أم الولد والمدبر والمدبرة إذا مرض السيد، ومن إجبار المعتق والمعتقة إلى أجل إذا قرب الأجل؛ لأنه إذا لم يملك أن ينتزع ماله فأحرى أن لا يعقد عليه فيما يتعلق بالجسم لا بالمال.

وقيل: له إجبار الذكران دون الإناث؛ لأن الذكران بأيديهم الطلاق فيحلوا عن أنفسهم إذا صاروا إلى العتق ما عقد عليهم.

وأصوب من ذلك أن يمنع من إجبار المكاتب والمكاتبة؛ لأنهما اشتريا أنفسهما من السيد، وليس له[3] عليهما اليوم مطالبة إلا بمال إلا أن يعجزوا، ولا يمنع من إجبار المدبر والمعتق إلى أجل؛ لأنهما اليوم على حال الرق، وهو يُدخِل عليهما بذلك منفعةً من غير مضرة.

---

(١) في (ب): (غيره).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٢٠، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤١٢.

(٣) قوله: (له) ساقط من (ب).

والطلاق بأيديهما إذا صارا إلى الحرية، إلا أن يمرض السيد، أو يفوت[١] الأجل؛ فيمنع من ذلك لأنهما أشرفا على العتق، أو يجعل عليهما من الصداق ما يضر بهما في المطالبة به بعد العتق.

ويمنع من جبر الإناث كأم الولد والمدَبَّرة والمعتقة إلى أجل؛ لأن حق السيد إنما هو ما لم يصر إلى الحرية، ولا حق له فيما بعد العتق؛ فليس له أن يبيع منافع ليس له فيها حق، وعقد النكاح عليهن بيع منه لما يكون من الاستمتاع الآن وما يكون بعد العتق، والذي بعد العتق لا حق له فيه.

وليس لهن حل ذلك العقد إذا صرن إلى الحرية، وقد يستخف ذلك إذا زوجهن لعبد؛ لأن إليهن حل ذلك بعد تمام العتق فيخترن أنفسهن؛ لما جاء في حديث بَرِيرة، على أنه قد يقع العتق من سيد العبد[٢] فيسقط الخيار.

---

(١) في (ب): (أو يقرب).

(٢) في (ب): (الزوج).

باب

إذا كان الزوج وليّاً هل توكله فيزوجها من نفسه؟



اختلف فيه: فأجازه مالك وغيره من أصحابه فيكون زوجاً وليّاً[١]. وذكر ابن القصار عن المغيرة وأحمد: أن ذلك جائز إذا وكَّل غيره يزوجها منه. وكذلك إذا كانت المرأة لا ولي لها وصار الأمر إلى ولاية المسلمين[٢]، أو كانت دنيئة لا قدر لها، يجوز أن توكل من يزوجها على العقد، فيعقد ذلك من نفسه وإن لم يكن من أوليائها، ويمنع ذلك على قول المغيرة وغيره، إلا أن يوكل[٣] غيره بعقدها منه، والأحوط أن توكل غيره، فإن وكلته مضى وجاز.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١٣.

(٢) في (ب): (الإسلام).

(٣) في (ب): (يدخل).





باب



في وكالة الرجل أو المرأة على النكاح

الوكالة على النكاح من أحد الزوجين الرجل أو المرأة جائزة، فيوكل الرجل من يزوجه امرأة معينة، أو غير معينة يجعل ذلك إلى اجتهاده، وكذلك المرأة لا ولي لها[1] توكل من يزوجها من رجل تعينه له.

واختلف إذا لم تعينه له وجعلت ذلك إلى اجتهاده، فألزمها ذلك في "الكتاب" مرة، ومرة لم يلزمها[2]، والأول أحسن؛ لأنها وكالة على غير[3] ما يجوز بيعه فأشبه الوكالة على غير ذلك من البياعات، وقياساً على توكيل الزوج إذا لم يعين المرأة، فإنه لا أعلمهم يختلفون أن ذلك يلزمه، إلا أن يعلم أنه قصر في الاجتهاد لها[4]؛ فيكون لها[5] رد ذلك.

واختلف إذا زوَّجها من نفسه فكرهت: فقال في "الكتاب": لها ذلك، ولم يلزمها إياه[6]. وذكر أبو الحسن قولاً آخر أن ذلك لازم لها. وقد اختلف في هذا الأصل: إذا وَكَّل رجلٌ رجلاً[7] على البيع والشراء فباع واشترى من نفسه، فالقول الأول أحسن؛ لأنه معزول عن العقد من نفسه، ومفهوم الوكالة

---

(١) قوله: (لا ولي لها) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١١٣.

(٣) قوله: (غير) ساقط من (ب).

(٤) في (ب): (له).

(٥) في (ب): (له).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١١٣.

(٧) قوله: (رجلاً) ساقط من (ب).

العقد[١] من غيره، ومعلوم أن المرأة إذا كان لها غرض في رجل جعلت سفيراً لذلك، ولا توكله ليبصر غيره.

ويختلف على هذا إذا وَكَّل رجل امرأة لتزوجه فزوجته من نفسها وعقد ذلك ولدها[٢]، وأن لا يلزم أحسن.

ويختلف إذا وكلت المرأة من يزوجها فزوجها من ولده أو من يتيمه، أو وَكَّل الرجل من يزوجه فزوجه من ابنته أو يتيمته، هل يلزم ذلك النكاح أم لا؟ قياساً إذا وكله على أن يسلم له فأسلم ذلك إلى من هو في ولائه من ولد أو يتيم.

فمنع ذلك ابن القاسم وإن لم تكن فيه محاباة، ورأى[٣] أن الوكالة تقتضي أن يتولى المعاملة مع من ليس له عليه حكم، ومعزول عن من له عليه عقد، وأجاز ذلك سحنون. فكذلك النكاح لا يمضي على قول ابن القاسم، ويمضي[٤] على قول سحنون.

ولو كان وصيّاً، فزوج يتيمه من ابنته، أو يتيمته من ابنه، أو نفسه[٥] مضى النكاح، ولم يرد على كراهية في ذلك إلا[٦] في الابتداء أن لا يفعل، إلا بعد مطالعة السلطان؛ لأن الوصي وكيل مفوض إليه، والأول غير مفوض إليه. فإذا زوج الوصي وكان بعضهم كفؤاً لبعض، وأسقط في الصداق - جاز ذلك. وإن كان فعل الوصي على غير صواب من الصداق خاصة- زاد على يتيمه أو

---

(١) قوله: (العقد) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): وليها.

(٣) في (ب): (وأرى).

(٤) في (ب): (ويجوز).

(٥) في (ق٥): من نفسه أو ولده.

(٦) قوله: (إلا) زيادة من (ب).

حط عن يتيمته[١]، قيل له: إن أنت حططت الزائد على هذا وأكملت صداق المثل عن هذه[٢] مضى النكاح، وإلا فسخ ما لم يقع الدخول. فيحط الزائد عن الصبي، ويكمل النقص حكماً من غير خيار.

وإن لم يكن ولده كفؤاً ليتيمته ولا ابنته كفؤاً[٣] ليتيمه- فسخ، إلا أن ينزل بمن في ولائه من ذكر أو أنثى عيب، أو ذهاب مال، أو ما أشبه ذلك، مما يرى أن بقاءهما من حسن النظر فيتركانه.

---

(١) قوله: (عن يتيمته) يقابله في (ب): (بقيمته).

(٢) في (ق٥): صداق المثل

(٣) في (ق٥): (كفؤ).



باب
في المرأة توكل وليها فيزوجها كل واحد من رجل

وإذا وكلت المرأة رجلين يزوجانها فزوجها كل واحد من رجل، كان الأول أحق بها ما لم يكن دخول. واختلف إذا دخل بها الثاني وهو لا يعلم بالأول؛ فقال مالك وابن القاسم: الآخر أحق بها[1]. وقال محمد بن عبد الحكم: الأول أحق بها، وتنزع من الآخر.

والاختلاف في هذا راجع إلى الخلاف في الفسخ والعزلة: هل ذلك من الآن أو من بعد البلوغ؟/ فمن قال: إن ذلك لا يصح إلا بعد البلوغ ثبتت[2] للثاني؛ لأنه نكاح بوكالة. ومن قال: إن الفسخ والعزلة يصح من الآن وإن لم تبلغ فسخ الثاني، وكان الأول أحق بها؛ لأنه يقول: عقد الأول فسخ لوكالة من لم يعقد، فصار الثاني عقداً بغير وكيل[3].

(ب) ١٧٨/د

وإن لم يُعلم أيهما عقد أولاً فُسخ النكاحان جميعاً، إن أدرك ذلك[4] قبل الدخول. فإن دخل أحدهما كان أحق بها، هذا قول مالك. وعلى قول ابن عبد الحكم يكون حكمه حكم من لم يدخل؛ لأنه على شك فقد يكون الآخر فلا يصح له المقام عليها؛ إذ لو عقد الوليان في مجلس واحد من رجلين[5] معاً لم يتقدم أحدهما الآخر - لفسخ النكاحان جميعاً دخل بها أحدهما أو لم يدخل؛

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٣٧، والتفريع: ١/ ٣٦٨.

(٢) في (ق٥): ثبت.

(٣) في (ب): (توكيل).

(٤) قوله: (ذلك) زيادة من (ب).

(٥) قوله: (من رجلين) يقابله في (ب): (والرجلين).

لأن العقدين فاسدان لعلم كل واحد منهما بعقد الآخر.

قال محمد: إذا علم أولهما فطلق أو مات قبل أن يدخل الآخر، ثم دخل بها[1] بعد طلاق الأول أو موته، وكان تزويجه قبل موت الأول، وقبل طلاقه، ولم يعلم الآخر حتى دخل - فقد ثبت وفاتَ موضعُ النظر، كما لو دخل بها والأول حي لم يمت، ولم يطلق، ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها منه، وإن علم قبل الدخول، يريد ثم دخل- فسخ نكاح الآخر، واعتدت من الأول، وورثته، وكذلك إن طلق، فإنه يفسخ وترد إلى الأول.

وإن كان عقد الآخر بعد موت الأول أو طلاقه افترق الجواب فيفسخ إذا مات؛ لأنه ناكح في عدة، ولا يفسخ إذا طلق الأول؛ لأنها في غير عدة[2].

قال محمد: وقال عبد الملك فيما أظن: إذا كان العاقد أخيراً بعد طلاق الأول- ثبت نكاحه وإن لم يدخل[3]، وإن كان آخرهما عقداً الوكيل فسخ ما لم يدخل[4].

قال محمد: وإن دخل الآخر والأول قائم و[5]لم يطلق ولم يمت، فأقر المزوج أخيراً، وهو الأب أو الوكيل، أنه كان عالماً بتزويج الأول- لم يصدق الوكيل[6] على الزوج، إلا أن تشهد بينة على إقراره بالعلم قبل العقد من الثاني، فيفسخ فسخاً بغير طلاق.

---

(١) قوله: (بها) زيادة من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٣٨.

(٣) قوله: (وإن لم يدخل) ساقط من (ب).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٣٨.

(٥) ساقطة من (ق٥).

(٦) قوله: (الوكيل) ساقط من (ب).

ولو أقر الزوج الآخر على نفسه بعد الدخول أنه كان عالماً بتزويج الأول قبل أن[1] يدخل - لقبل إقراره من غير بينة، وفسخ نكاحه، وكان لها الصداق كاملاً من غير طلاق[2]. قال محمد: لم يعجبنا[3]، يريد: أنه يكون بطلاق. ولو اعترفت الزوجة في أحدهما أنه الأول لم تصدق، وقد اختلف في تصديقها إذا لم يدخل بها واحد منهما.

---

(١) قوله: (أن) ساقطة من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٣٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٣٨.

باب



في عَضْلِ الأب ابنته البكر عن النكاح[١]، وفيمن يؤمر أن يزوجها منه وإذا اختلف الأب وابنته فيمن أحب تزويجها



اختلف في عضل الأب ابنته البكر عن النكاح. فقال في "الكتاب" ليس له، ويزوجها السلطان، وليس للأب[٢] إذا كان الذي رضيت به كفؤاً في دينه منعُها[٣]. وقال عبد الملك بن حبيب: له منعها، وليس للسلطان أن يتسور عليه في ابنته وإن طلبت ذلك منه[٤]. وقد منع مالك بناته من النكاح وقد رغب فيهن خيار الرجال، وفعل ذلك أهل العلم قبله وبعده[٥].

قال الشيخ رحمه الله: أرى أن ينظر في ذلك إلى حال الأب، فإن كان رجلاً صالحاً أو عالماً أن ذلك لا يجوز لغير عذر لم يعترض في ابنته، فقد يطلع على عيب يعلم أنها متى تزوجت لم تلبث أن تطلَّق، أو يكون فيها تأخر وغفلة زائدة على ما تعارفه الأزواج أو تكون خليعة، فإن خرجت عن قهره فتكت ولم يضبط أمرها الزوج، وهو أعلم بوليته، ولا يتهم في هذا، وإن كان الأب على غير ذلك لم يسلم ذلك إليه، وكشف عن ذلك الجيران، وهل عندهم علم من شيء يعذر به، وإن لم يوجد لذلك وجه زوجت.

---

(١) قوله: (عن النكاح) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (وليس للأب) ساقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٦.

(٤) في (ب): (الابنة).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٣٨٩.

فصل

[فيمن يؤمر أن يزوجها منه]

يؤمر الأب في الزوج بأربع: أن يكون كفؤاً في دينه، وحاله، وحسبه، سالماً من العيوب التي يجتنبها النساء.

فأما الدِّين؛ فإن كان كسبه[1] حراماً، أو كثير الأَيْمان بالطلاق- لم يكن له أن يزوجها منه؛ لأن مَن ذلك شأْنُه فالزوجة معه في زنى فيمنع. فإن فعل فرق الحاكم بينهما إن طال[2] ذلك؛ لأن الأب وكيل لابنته، وإذا فعل الوكيل ما يرى أنه لم يحسن النظر فيه[3] أو ما ليس بصواب رُدَّ فعله.

ويمنع من تزويجها لمن يشرب الخمر؛ لأنه يدعوها لمثل ذلك، وإن كان ممن يغبن[4] عليه، ولم يبين لمثل ذلك- كان وقوف الأب عن إنكاحه ابنته[5] من باب أولى، فإن فعل مضى نكاحه.

فصل

[فيمن يمنع أن يزوجها منه]

وأما المال؛ فإن كان عاجزاً عن السعي، وما يرى أنها تكون معه تحت ضيعة، أو يسعى من وجه يدركها منه معرة، كالذي يتكفف الناس- فهذا

---

(١) في (ب): (ماله).

(٢) في (ب): (طالبت).

(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ب).

(٤) في (ب): (يغمص).

(٥) قوله: (ابنته) ساقط من (ب).

الذي يمنع الأب من[1] تزويجها منه[2]، ويفسخ نكاحه، وإن علم أنه لا حرفة له، وله مال يرى أنه يذهب عن قرب - لم يكن ذلك من حسن النظر. وإن كانت لا تضيع معه، ولا يدركها من سعيه معرة لم تمنع منه وإن كان دونها في المال.

فصل

[في اعتبار الحسب]

والحسب على ثلاثة أوجه: فإن كانت من العرب فدعت أو دعا أبوها إلى تزويجها من عربي- كان القول قول من دعا إليه، وإن كانت أشرف نسباً منه، وإن كانت من بيت الشرف؛ لأن تفاضل ما بينهما من باب أولى وليس تلحق منه[3] معرة.

وأما تزويجها من البربري والمولى: فإن كانت صغيرة زوجت منه؛ لأن حرمة النسب مع الفقر ساقطة عند الناس، وإن كانت موسرة نظر إلى عادة ذلك الموضع الذي هم فيه، فإن كانوا لا يرون في ذلك معرة، وإنما يجرونه مجرى ما غيره أحسن منه – زوجت، وإن كان ذلك عندهم معرة كان القول قول من أَبَى[4] من أب أو ابنة.

وأما تزويجها من العبد فيمنع على كل حال؛ لأن في ذلك نقصاً ومعرة، فإن اجتمعا عليه - الأب والابنة وهي رشيدة ولا عَصَب لها- زُوِّجت منه،

---

(١) قوله: (من) ساقط من (ق٥).

(٢) قوله: (منه) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (به).

(٤) في (ب): (قول من أتاه).

وإن كانت بكراً أو ثيِّباً سفيهة، ولها عَصَبة قريبة - مُنعت، وللعصبة منعها من ذلك. وأجاز مالك نكاح الموالي في العرب وتلا قول الله سبحانه: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣][١].

وسئل ابن القاسم عن نكاح العبد العربيةَ فقال: قال مالك: "أهل الإسلام بعضهم لبعض/ أكفاء لقول الله ﷻ: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾[٢]. وقال غيره: ليس العبد ومثله كفؤاً لذات المنصب والقدر؛ لأن للناس مناكح قد عرفت لهم وعرفوا بها[٣].

(ب/١٧٩)

واحتج من نَصَر القول الأول بأسامة بن زيد، وسالم مولى أبي حذيفة، والمقداد بن الأسود، وموالٍ[٤] تزوجوا في العرب.

قال الشيخ ﵀: أما الآية فلا مدخل لها ههنا؛ لأن متضمنها الحال عند الله، وعلى ما يكونون عليه في الآخرة ومنازل الدنيا، وما يلحق منه معرة عند[٥] ذلك.

وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه[٦] خيَّر بريرة في زوجها حين أعتقت[٧].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٧.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٧.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٧.

(٤) في (ب): (موالٍ).

(٥) في (ب): (غير).

(٦) في (ب): (حين).

(٧) أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٢٣، في باب شفاعة النبي ﷺ على زوج بريرة، من كتاب الطلاق، برقم (٤٩٧٩)، ولفظه: (أن زوج بريرة عبد أسود يقال له: مغيث كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته فقال النبي ﷺ لعباس: «يا عباس ألا تعجب من حب =

ولم يختلف المذهب أن ذلك لنقصه عنها[1]؛ لأنه ليس بكفؤٍ لها، وأنه لا خيار لها إذا كان حرّاً، فبان بهذا أن العبد ليس بكفؤٍ للحرة، عربية كانت أو بربرية أو مولاة؛ لأن بريرة حديثة عهد بعتق، وهي في عداد الدنيَّات، ولأنه لا خلاف أيضاً في العبد يتزوج الحرة وهي لا تعلم أن ذلك عيب يوجب لها الرد وإن كانت دنية، وأما ما ذكر من نكاح أسامة وغيره؛ فقد يكون ذلك في أول الإسلام.

وقد رفضوا ما كان من الافتخار في الجاهلية، وقال النبي ﷺ: «**إِنَّ اللهَ أَذْهَبَ بِالإِسْلَامِ عَنْكُمْ عُبِّيَّةَ الجَاهِلِيَّةِ وَفَخْرَهَا بِالآبَاءِ**»[2]، وعبيتها فخرها.

والمقدَّم عندهم حينئذٍ من كانت له سابقة في الإسلام، وقدَّم عمر بن الخطاب رضي الله عنه بلالاً على أبي سفيان بن حرب لسابقة بلال. وإنما ينظر في كل زمان إلى ما أهله عليه، وكل بلد وموضع فيحملون عليه.

فصل

[في أقسام العيوب]

العيوب على ثلاثة أقسام، **أحدها**[3]: يجتنب على وجه الاستحباب، وإن عقد عليه الأب مضى ولم يرد، وهو: القبح والعمى والشلل، وما أشبه ذلك.

مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثا». فقال النبي ﷺ: «**لو راجعته** ». قالت: يا رسول الله تأمرني؟ قال: «**إنما أنا أشفع** ». قالت: لا حاجة لي فيه).

(١) قوله: (عنها) زيادة من (ب).

(٢) (حسن) أخرجه أبو داود: ٢/ ٧٥٢، في باب في التفاخر بالأحساب، من كتاب الأدب، برقم (٥١١٦)، والترمذي: ٥/ ٧٣٥، في باب في فضل الشأم واليمن، من كتاب المناقب عن رسول الله ﷺ، برقم (٣٩٥٦).

(٣) قوله: (أحدها) زيادة من (ب).

وقد كره عمر بن الخطاب ﷺ أن يزوِّج الرجلُ وليته للرجل القبيح وقال: "يعمد أحدكم فيزوجهن القبيح، والذميم، إنهن يحببن لأنفسهن ما تحبون لأنفسكم"[١] . يريد: إلا أن يكون ذلك برضاها.

والثاني: يجب اجتنابه وهو: الجنون والجذام البيِّن، فإن لم يفعل وزَوج من مثل هؤلاء رُدَّ نكاحه.

واختلف فيما سوى ذلك: فقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ: إن زوَّجها من خَصيٍّ، أو مجبوب أو عِنِّين على وجه النظر لزمها ذلك[٢]. وقد قيل: لا مقال للجذام إذا لم يكن متفاحشاً. وقال سحنون في "السليمانية": إذا أراد أن يزوجها مجبوباً أو مجذوماً أو أبرص أو أسود، أو من ليس لها بكفؤ، وأَبَتِ الابنةُ ذلك[٣]- كان للسلطان منعه؛ لأن ذلك ضرر. قال: ولو كانت مجنونة فأراد أن يزوِّجها لأحد ممن ذكر، وقال: أغتفر عيبه[٤] لعيبها- لم يُمكَّن من ذلك؛ لأنها قد تفيق.

قال الشيخ ﷺ: قول سحنون في هذا أحسن، فيمنع من تزويجها الأسود؛ لما يلحقها في ذلك من المعرة، ومن تزويجها من المجنون والأجذم والأبرص؛ لاجتماع الضرر والمعرة، وعليها في ذلك نقص عند أقاربها وجيرانها وإن لم يبلغ به الجذام والبرص؛ لأن ذلك مما يتنامى[٥] فلا يكون لها بعد ذلك مقال في

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: ٦/ ١٥٨، في باب عرض الجواري، من كتاب النكاح، برقم (١٠٣٣٩).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٤٣.

(٣) قوله: (ذلك) ساقطة من (ق٥)

(٤) في (ب): (عليه).

(٥) في (ب): (يتراضى).

كثيره إذا رضيت به أولاً قبل أن يتنامى[1].

وكذلك الحصور والعِنِّين والمجبوب يمنع من تزويجها إياه، ويرد إن فعل؛ لأن المتزوجة لمثل هذا كالأيِّم، وهي تحتاج إلى مثل ما يحتاجه الرجل. وإن كان ذاهب الأنثيين خاصة مضى نكاحه ولا مقال لها في عدم النسل، كما لو زوَّجها عقيماً.

وأما قول سحنون: إذا كانت مجنونة فلا تزوج من أحد ممن ذكر ففيه نظر؛ لأن ذهاب ذلك ليس بغالب، ولا يتزوجها في الغالب من يرغب في مثله؛ فلا يكره له أن يزوجها من أحد ممن ذكرنا سوى المجنون، فإن مجنونين لا يجتمعان، وإنما يكون عاقلاً يسوس مجنونة.

---

(١) في (ب): (يتدامى).



باب
فيمن لا حقّ له في النكاح، والمرأة تزوّج نفسها

أربعة لا حق لهم في الولاية: المرأة، والصبي، والعبد، والكافر، فإن زوجت امرأةٌ امرأةً[١] كان النكاح فاسداً[٢]، وسواء كان إنكاحها إياها بوكالة من المرأة أو بوصية من الأب. ولها إذا كانت وصية أن تستخلف رجلاً يتولى العقد، وكذلك إذا كان العاقد صبيّاً فالنكاح فاسد، وإن كان قد أنبت صح عقده؛ لأن النبي ﷺ في بني قريظة أمر بقتل من جرتْ عليه المواسي، وأجرى عليهم أحكام الرجال[٣].

ولو قيل فيمن ناهز الحلم: إن عقده ماضٍ- لم يبعد ذلك[٤] للاختلاف في أفعاله حينئذٍ. فقال مالك في "مختصر ما ليس في المختصر": إذا قال من ناهز الحلم: فلانة طالق إن تزوجتها، فتزوجها- فُرِّق بينهما[٥].

وقال في "كتاب[٦] المدنيين": إذا زنى وقد ناهز وأنبت ولم يحتلم فعليه الحد.

وإن كان العاقد عبداً أو من فيه عقد حرية ولم يفض إليها كالمعتق والمُدَبَّر إلى أجل والمكاتب - كان النكاح فاسداً، وإن كان العاقد رجلاً حرّاً

---

(١) قوله: (امرأةً) ساقط من (ب).

(٢) انظر: التلقين: ١/ ١١٢، والتفريع: ١/ ٣٦٦.

(٣) سبق تخريجه، ص: ١٣٩٦.

(٤) زيادة من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٢٥٨.

(٦) في (ق٥): (كتب).

بالغاً عقد بوكالة من أحد ممن ذكرنا - كان جائزاً إذا كان قد جعل ذلك إليهم من له الأمر.

وأجازه إذا لم تكن منه وكالة: وقال في "الكتاب " في المكاتب يأمر من يزوج إماءه: إن ذلك جائز إذا كان على ابتغاء الفضل، وإلا لم يجز إذا رد ذلك السيد(١).

قال الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو كان ذلك في أحد بناته وهن في الكتابة لم يجز، وإن كان على ابتغاء الفضل، إلا أن يجيز السيد، وليس ذلك كأمته.

فصل

[في عدم جواز عقد الكافر للمسلمة]

وأما الكافر فلا يجوز أن يعقد نكاح المسلمة، وإن كانت ابنتَه أو أختَه، وإن فعل كان نكاحاً فاسداً(٢)، وله أن يعقد نكاح ابنته النصرانية من مسلم، ولا يعقد المسلم نكاح ابنته الكافرة من كافر، فإن فعل مضى؛ لأنا لا نعترض مناكحَ الكفار.

ويفترق إذا عقد نكاحها من مسلم إذا كانت ذمية أو حربية أو أَمَة أو معتقة؛ فمنعه مالك إذا كانت حرة من نساء أهل الجزية دون غيرها، فقيل له، في النصرانية لها أخ مسلم: هل يزوجها من مسلم؟ فقال: أَمِنْ نساء أهل الجزية؟ قيل: نعم. قال: لا يجوز له أن يعقد نكاحها. قال الله تعالى: ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾(٣).

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١٦.

(٢) انظر: المعونة: ١/ ٤٩٠.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١١٦.

(ب) ١٧٩/ب

وقال/ أصبغ: إذا زوج[1] لم أفسخه؛ لأن النصراني لا يعقد نكاحاً إلا كان المسلم أصح منه وأفضل، وإنما ولايتها من النصراني أولى من المسلم في الحكم[2].

فإن لم يتنازعوا وولت مسلماً عقد نكاحها جاز، وهو أحب إليّ من وليها الكافر. وقال محمد: هذا غلط، ووليها النصراني أحب إليَّ من الأب المسلم، ولو زوج المسلم كان نكاحاً باطلاً[3].

وليس ذلك من وجه الحقوق، وإنما كرهه مالك وابن القاسم وأشهب[4]، ولم يجيزوه؛ لأنه ليس بولي.

وقال ابن وهب: الأب المسلم يعقد نكاحها من مسلم، وأهل دينها يعقدونه من كافر[5]. وهذا قول أصبغ[6].

وهو أحسن؛ لتفرقة مالك بين نساء أهل الجزية وغيرهم، ولتسليم محمد ذلك في المعتقة. فإن كان المنع عنده لافتراق الدينين فلا يجوز ذلك في الكافر على حال، والمعتقة والأمة وغيرها في ذلك سواء. فإن قيل: إنما جاز ذلك في الأَمَة؛ لأنها ماله، قيل: النكاح يفتقر إلى ولاية بدليل أنها لو كانت لامرأة أو لعبد ما جاز أن يعقد نكاحها من مسلم على قول من أجاز نكاح الأمة الكتابية، وأيضاً فإن المخاطب بالولاية المرأة، وإذا كانت كافرة لم تكن مخاطبة بالولاية.

---

(١) في (ب): (زوجهم).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١١.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٠.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٠.

فصل[(١)]

[في تزويج السيد المسلم للأمة والمعتقة]

واختُلف في الأَمَة يزوجها سيدها المسلم، وفي المعتقة هل[(٢)] يزوجها سيدها المسلم الذي أعتقها.

فأجاز ذلك ابن القاسم، ومحمد، وهو ظاهر قول مالك في "المدونة" في قوله: أَمِن نساء أهل الجزية[(٣)]. لأن هاتين ليستا من نساء أهل الجزية. وقال أبو مصعب وهو في "السليمانية": إنه ليس للمسلم أن يزوج أمته النصرانية. وعلى هذا لا يجوز أن يزوج معتقته النصرانية. وهذا هو القياس لا فرق بينها وبين الكافرة تكون من نساء[(٤)] أهل الحرب، وقد تقدم وجه ذلك.

فصل

[في إنكاح المرأة والعبد والصبي الذَّكر]

إنكاح المرأة والعبد والصبي الذَّكر جائز إذا كانوا أوصياء أو كان ذلك بوكالة من إليه العقد عليهم من أب أو وصي[(٥)]. وقد قيل: ليس ذلك إليهم. والأول أحسن.

ولا يفتقر عقد الذكر إلى ولي، ولما جاز أن يعقد العبد لنفسه، ولا يفتقر إلى أن يعقد له حر- جاز أن يعقد على غيره، وكذلك الصبي يعقد نكاح نفسه

---

(١) قوله: (فصل) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (هل) زيادة من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١١٦.

(٤) قوله: (نساء) زيادة من (ب).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٧.

فيرى وليه في[(١)] ذلك صواباً، فيجوز له أن يجيزه ويمضيه على ذلك العقد، ولا يقال إنه عقد فاسد لأجل أن العاقد صبي، ولو تولى عقد المرأة لم يجز ذلك.

فصل

[في مباشرة المرأة العقد بنفسها]

وإذا باشرت المرأة العقد بنفسها بغير رجل تولى ذلك- كان نكاحاً فاسداً، يفسخ قبل الدخول وبعده وإن طال ذلك وولدت الأولاد[(٢)]، وكذلك إذا كان الوكيل لها عبداً أو امرأة أو صبيّاً أو نصرانيّاً - حكمه حكم من باشرت فيها[(٣)] العقد.

ويعاقب عند مالك الرجل والمرأة إذا دخلا، إلا أن يكونا ممن يجهلا ذلك[(٤)]. وقال أيضاً: إذا وكلت رجلاً يزوجها وليس بولي يعاقب الرجل والمرأة والشهود إن علموا[(٥)].

وأرى أن لا عقوبة على الزوجين إذا كانا من أهل الاجتهاد وذلك مذهبهما، أو كانا يريان تقليد من يرى ذلك، أو كانا يجهلان ويظنان أن ذلك جائز، وإن كانا ممن يعتقد فساد ذلك فتحسن العقوبة، وكذلك البينة إذا علمت أنها تزوجت بولاية الإمام[(٦)]؛ فإنه ينظر إلى مذهبها في ذلك أو من يقلدانه.

---

(١) قوله: (في) ساقط من (ب).

(٢) انظر: التفريع: ١/ ٣٦٧، قال فيه: (ولا يجوز لامرأة أن تنكح نفسها، دنيّة كانت أو شريفة أذن في ذلك وليها أو لم يأذن، فإن أنكحت نفسها فنكاحها باطل).

(٣) في (ب): (من باشر).

(٤) قوله: (ذلك) ساقط من (ق٥).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١١٧.

(٦) في (ب): (الإسلام).

فصل

[في تزويج الأب ابنه، والابن ساكت]

وقال ابن القاسم: إذا زوَّج الأب ابنه، والابن ساكت، ثم أنكر بعد فراغ الأب من العقد، وقال: لم آمره ولم أرض، وإنما سكتُّ لأني علمت أن ذلك لا يلزمني- أنه يحلف على ذلك ويبرأ[1].

قال الشيخ ؓ: لا يخلو إنكار الابن من ثلاثة أوجه: إما أن يكون أنكر[2] عندما فهم أنه يعقد عليه، أو بعد علمه وسكوته لتمام العقد، أو بعد تمام العقد وتهنئة من حضره، وانصرافه على ذلك.

فإن كان إنكاره عندما فهم أن العقد عليه كان القول قوله من غير يمين عليه؛ لأن الأب لم يدّع أن ذلك فعله بوكالة، ولا أتى من الأمر ما يدل على الرضا.

وإن كان بعد علمه أنه نكاح يعقد عليه، وسكت، ثم أنكر بعد فراغ العاقد- حلف، كما قال في الكتاب: إنه لم يكن سكوته على الرضا بذلك[3].

واختلف إذا نكل عن اليمين: فقال الشيخ أبو محمد عبد الله بن أبي زيد: لا شيء عليه. وقال غيره: يغرم نصف الصداق. والأول أحسن.

واليمين هاهنا استحسان؛ لاحتمال أن يكون سكوته على الرضا بذلك، ورجاء أن يقر، وليست التهمة في ذلك بالأمر البين لقرب ما بين علمه وإنكاره.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١٣.

(٢) قوله: (أنكر) ساقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١١٣، ١١٤.

وإن كان إنكاره بعد تمام العقد، وانصرافه بعد ذلك على ذلك، والدعاء له حسب عادات الناس- لم يقبل قوله، وغرم نصف الصداق؛ لأن الظاهر منه الرضا، ولا يمكن منها؛ لإقراره أنه غير راضٍ، وأنه لا عصمة له عليها.

وإن أقر وأحب الزوج في هذه الثلاثة أوجه بعد إنكاره أن يقيم على النكاح، فإن لم يكن منه سوى الإنكار، ولم يقل: رددت ذلك، ولا فسخته عن نفسي، وكان رضاه بالمقام بقرب العقد- كان ذلك له؛ لأن إنكاره الرضا لا يقتضي الرد، وإنما نفى عن نفسه أنه تقدم منه رضا.

ومن لم يرضَ مخير بين الرد والرضا بالقرب، وله مهلة النظر والارتياء والمشورة فيما يراه. واستحسن أن يستظهر باليمين أنه لم يرد بإنكاره الفسخ، فإن نكل لم يفرق بينهما، ولم أبحها لغيره بالشك، فكان بقاؤها مع من يدعي أنها[1] زوجة بيقين[2].

وإن كان رضاه بعد أن طال الأمد وقوله: رددت العقد- لم يكن ذلك له إلا بعد مطالعة الزوجة ورضاها أن يستأنف العقد.

واختلف فيمن ادعى الوكالة على رجل أنه وكَّله على تزويج امرأة، فزوَّجه إياها، وضمن الصداق، وأنكر الزوج، فاختلف في لزوم الصداق: فقال مالك: لا شيء عليه[3].

(ب) ١٨٠/أ

وقال علي بن زياد: / الصداق لازم له[4].

---

(١) قوله: (أنها) زيادة من (ب).

(٢) قوله: (أَوْلَى بيقين) يقابله في (ب): (أَوْلَى).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١١٤.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١١٤.

والقول الأول أصوب؛ لأنه لا يخلو أن يكون القصد بالضمان خوف جحود الوكالة، والتزويج، أو خوف فقر الزوج أو لدده، وأي ذلك كان لم يلزم الضمان.

فلا يصح الضمان إذا كان القصد جحود الوكالة، وهو بمنزلة من ادعى الوكالة على شراء سلعة على أنه إن أنكر المشترى له كانت السلعة والثمن[(١)] للبائع وهذا غرر، وكذلك الزوجة يقول لها: إن جحد فالمبيع يبقى لك والثمن لك. وهذا أيضاً[(٢)] غرر؛ لأنها دخلت على أنها تارة تأخذ الصداق عن الاستمتاع بها إن اعترف، وتارة تأخذه مع عدم الاستمتاع وبقاء المبيع لها.

وإن شرط الضمان بوجود الفقر[(٣)] لم يلزم؛ لأنه جحد ولم يفتقر[(٤)]، وإن شرط ذلك إذا لَدَّ فإن القصد إن ادعى القضاء وهو مقر بالنكاح في موضع - يكون له المرجع إذا قضى عنه، وإذا جحد الأصل لم يكن له مرجع.

فصل

[في الخلاف في التسمية التي وكله ليزوجه بها]

وإن اعترف بالوكالة وخالف في التسمية التي وكله ليزوجه بها، فقال الوكيل: بمائتين وبها زوج. وقال الزوج: بمائة. فذلك[(٥)] على أربعة أوجه: إما أن يكون لكل واحد منهما بينة، أو لا بينة سوى دعوى الزوج ودعواها وإقرار

---

(١) قوله: (والثمن) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (أيضاً) زيادة من (ب).

(٣) في (ق٥): (العقد).

(٤) قوله: (لأنه جحد ولم يفتقر) يقابله في (ب): (لأنه لو جحد ولم يفتقر لا يلزم).

(٥) قوله: (فذلك) زيادة من (ب).

الوكيل، أو تكون له بينة دونها أو لها دونه.

فإن كانت لها بينة أن العقد بمائتين، وله بينة أن الوكالة كانت بمائة، وكان ذلك قبل الدخول فرضي الزوج- يمضي النكاح على مائتين، أو رضيت أن تسقط عنه مائة ثبت النكاح، فإن لم يرضيا تفاسخا.

واختلف: إذا لم يعلم الزوج إلا بعد الدخول على ثلاثة أقوال: فقيل: للمرأة أن تأخذ المائتين؛ مائة من الزوج، ومائة من الرسول لتعديه.

وإلى هذا يرجع قوله[1] في الكتاب: إن الرسول ضامن إذا أقر بالتعدي وقيام البينة عليه بالتعدي كإقراره[2]. وقال في "مختصر ما ليس في المختصر": ليس لها إلا مائة واحدة. ولم يجعل على الرسول شيئاً.

وقال عبد الملك في "كتاب محمد" و"ابن حبيب": يلزم الزوج صداق مثلها، وما سوى ذلك فعلى الرسول[3]، فإن كان صداق مثلها مائة وخمسين غرم ذلك الزوج مائة وخمسين[4]، وغرم الرسول خمسين، وإن كان صداق المثل مائتين غرمها الزوج ولا شيء على الرسول.

وأحسن ذلك أن يكون على الزوج صداق مثلها لما[5] قال عبد الملك، ويسقط ما سوى ذلك على الرسول، كما قال في "مختصر ما ليس في المختصر" هذا إذا كانت الوكالة على تزويج امرأة بعينها فتكون الخمسون الزائدة على

---

(١) في (ب): (قول مالك).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١١٥.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٣٦.

(٤) قوله: (مائة وخمسين) زيادة من (ب).

(٥) في (ب): (كما).

المائة على الزوج؛ لأنه يقال: أنت قبضت المبيع وأهلكته فعليك قيمته. ولا تراعى المائة؛ لأن المالك لم يرض البيع بها.

ولا مقال للمرأة في الخمسين التي هي تمام المائتين؛ لأن ذلك الوكيل دخل على[1] أن المشترى له قبض المبيع[2]، وهو الذي تولى[3] الثمن وعلى أنه لا وزن عليه، ومقالها مع الوكيل من باب الغرور، وأنه غرها حتى سلمت.

وأعلى مراتب من غَرَّ إنساناً حتى أتلف عليه سلعته أن يكون عليه قيمتها، وهذه قد وصل إليها قيمة سلعتها والزائد على ذلك لم يلتزمه الوكيل ولا وكل عليه الزوج ففارق من أهلك سلعته، وقد وقفت على ثمن؛ لأن المائتين هاهنا لم يلتزمها أحد ولا ثبتت على أحد، وإنما أظهر لها أن هناك من رضي بها، ألا ترى أنه لو علم قبل الدخول لم يختلف أنه لا شيء على الوكيل وإنما المقال بين الزوجين.

وإن كانت المرأة غير معينة وكان صداق مثلها مائة وخمسين كانت الخمسون الزائدة على المائة على الرسول؛ لأن الزوج كان في مندوحة عن ذلك؛ لأنه قادر على أن يزوجه بمائة إلا أن يكون الرسول معسراً فترجع بها على الزوج؛ لأنه الذي أهلك المبيع، ويرجع بها الزوج على الرسول متى أيسر.

وعلى هذا يجري الجواب إذا كانت معينة وشهدت البينة بالوكالة على مائة، وأقر لها الرسول أنه عقد على مائتين، وإن أدرك قبل الدخول ورضي الزوج بمائتين أو رضيت بمائة وإلا فرق بينهما، ولا يمين للزوج عليها؛ لأنه لا

---

(١) قوله: (على) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (قبض المبيع) يقابله في (ب): (يقبض الثمن).

(٣) في (ب): (يزن).

علم عنده من باطن قولهما، وإن لم يعلم بذلك حتى دخل نظر إلى صداق مثلها هل هو مائة أو مائتان أو مائة وخمسون، حسب ما تقدم.

فصل

[في ادعاء الزوجة خلاف ما قال الوكيل]

وإن ادعت الزوجة مائتين، وقال: الوكيل مائة مثلما شهدت به بينة الزوج - حلفت على ما قالت، وكان الزوج بالخيار بين أن يغرم مائتين أو يفارق. فإن نكلت وحلف الرسول كان لها مائة، فإن نكل فرق بينهما، إلا أن يرضى الزوج بمائتين. وإن لم يعلم حتى دخل وكان صداق مثلها مائة لم يكن لها على الزوج مقال، ولا على الرسول على المستحسن من القول.

وإن كان صداق مثلها مائتين حلفت واستحقت؛ لأن الرسول قد أتى بما لا يشبه، ثم يختلف ممن تستحق المائة الزائدة: فعلى قول ابن القاسم تستحقها من الرسول، وعلى قول عبد الملك تستحقها من الزوج.

وإن نكلت عن اليمين سقط مقالها مع الزوج؛ لأن يمينها مع الزوج يمين تهمة لا ترجع، ورجع مقالها مع الرسول؛ لأنها تدعي عليه التحقيق، فإن حلف برئ، وإن نكل غرم المائة الزائدة.

فصل

[في تصديق البينة للزوجة]

وإن شهدت البينة للزوجة بمائتين، وقال الرسول: على ذلك وكَّلَنِي. وقال الزوج: مائة. ولا بينة له، حلف الزوج، وكانت بالخيار بين أن ترضى بالمائة أو تفارق، فإن نكل لزمته المائتان. هذا فيما بينه وبين الزوجة؛ لأن يمينه لها يمين

تهمة لا ترجع.

ويختلف: هل له أن يحلف الرسول؟ فقال أصبغ: يحلف الرسول، فإن نكل غرم المائة الثانية[1]. وقال محمد: لا يمين عليه؛ لأنه لو أقر أنه تعدى أو افتأت عليه في الزائد ما كان على الرسول؛ لأنه لابد أن يحلف فيبرأ من كل شيء. فإن رضي ونكل ألزم نفسه كل شيء مما على الرسول، قال: ولو كنت ألزم الرسول فنكل لكان له أن يرد اليمين على الزوج فقد نكل من أول[2]/ .

(ب) ١٨٠/ب

قال الشيخ ﷺ: أما يمينه قبل الدخول فإنما يحلف أنه ما أمر بمائتين لا غير. ويختلف في صفة يمينه بعد الدخول: فقال ابن القاسم في "كتاب محمد": يحلف أنه ما أمره إلا بمائة، ولا علم بما افتأت عليه إلا بعد الدخول. فعلى هذا يصح أن يقال: لا يضر الرسولَ إقرارُهُ بالتعدي لما كان على الزوج أن يحلف أنه لم يعلم قبل الدخول[3].

وإذا نكل سقط المقال عن الرسول؛ لأن يمين الزوج يمين تهمة فلا ترجع، ويصح أن يقال: لا يحلف أنه ما علم؛ لأنها يمين تهمة[4]، ولا علم عند الزوجة من علمه ولا تدعي أنها بلغها ذلك عنه.

ولو اعترف الرسول بالتعدي قبل الدخول لغرم المائة الزائدة؛ لأن الزوج يقول: أنت أوجبت عليَّ يميناً تعدياً منك، واليمين مما يشق على الناس فعليك غرم ما أدخلتني فيه.

---

(١) في (ب): (الزائدة).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٣٦.

(٣) قوله: (أنه لم يعلم قبل الدخول) يقابله في (ب): (قبل الدخول أنه لم يعلم).

(٤) قوله: (فلا ترجع، ويصح أن يقال: لا يحلف ... تهمة) ساقط من (ب).

وإذا أنكر الرسول قبل الدخول غرم الزوج لأجل نكوله ورجع المقال بينه وبين الرسول - لم يكن على الرسول يمين، كما قال محمد؛ لأنه يقول للزوج: أنت إنما بدأت باليمين[١] للزوجة، وإذا صار المقال بيني وبينك كنت أنا المبدَّى أني لم أتعدَّ، فإن نكلت رددت عليك اليمين، فإن نكلت لم يكن لك علي شيء وأنت قد نكلت.

ويصح قول أصبغ على أحد قولي ابن القاسم، إذا أمره مالك[٢] أن يشتري له بدنانير فقال الآمر: قمحاً، وقال المأمور: تمراً. فقال ابن القاسم وغيره في "كتاب محمد": القول قول الآمر: أنه تعدى عليه ويغرمه[٣]. ولمالك في "المبسوط" في هذا الأصل مثل ذلك وقد مضى بسط ذلك في "كتاب الوكالات".

فصل

[في علم الزوجة قبل الدخول بما عليه وكالة الزوج]

وإن علمت الزوجة قبل الدخول أن وكالة الزوج كانت بمائة ثم دخلت - لم يكن لها سوى مائة. وإن لم تعلم وعلم الزوج أنها لم ترضَ إلا بمائتين كان لها مائتان.

وإن علما جميعاً وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه كان لها مائتان أيضاً؛ لأن الزوجة تقول: إني قد علمت ولم أرض أن أبيع سلعتي إلا بمائتين، وقد علم الزوج بما بعت[٤] ورضي ودخل. وإن علمت بعلمه ولم يعلم بعلمها كان

---

(١) قوله: (باليمين) زيادة من (ب).

(٢) قوله: (أمره مالك) يقابله في (ب): (وَكَّله).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٢٧٣.

(٤) في (ب): (افتتت).

لها مائتان أيضاً؛ لأنها تقول: قد علمت أنه علم أني لم أرضَ إلا بمائتين.

وإن علم بعلمها ولم تعلم بعلمه فإن لها مائة؛ لأنها لما[1] علمت أنه افتُئِتَ عليه أباحت نفسها، ولا علم عندها من علمه لم يكن لها سوى ما رضيت به، ولا يضر الزوج علمه؛ لأنه يقول: قد علمت أنها لم تعلم بعلمي، كانت قد أباحت نفسها بمائة، فسكت لذلك.

وإن لم يعلم واحد منهما بعلم الآخر كان لها مائتان، هذا ظاهر الكتاب والقياس أن يكون لها مائة وخمسون؛ لأن علمها بانفرادها إذا لم تعلم بعلمه يوجب لها مائة، وعلمه بانفراده إذا لم يعلم بعلمها يوجب لها مائتين، فهي تقول: إنما رضيت بمائة ولا علم لي برضاه بمائتين ولو علمت ذلك لم أرضَ بمائة. وهو يقول: رضيت بمائتين، ولا علم عندي برضاها بمائة. ولو علمت ذلك لم أرض بمائتين، فيتساوى بثبوتها وبسقوطها، فوجب أن تقسم بينهما.

فصل

[في رضا الرسول قبل الدخول أن يدفع الزيادة]

وإذا رضي الرسول قبل الدخول أن يدفع المائة الزائدة، وكره ذلك الزوج، وقال: إني أرد النكاح؛ لأني أكره مِنَّتَهُ- كان ذلك له، إلا أن يقول الرسول: لا أقصد بذلك منة عليه، وإنما أفعل ذلك لأن عليَّ وصماً في فسخ عقدي، وأنا أفعل ذلك لنفسي. أو يقول: إنما أفعل ذلك رغبة في الزوجة لما يدخل عليها من الفراق، أو حفظاً لما بيني وبين أبيها، وما أشبه ذلك- فيكون القول قوله، ولا يكون في ذلك للزوج مقال.

(١) قوله: (لأنها لما) يقابله في (ق٥): (لأنه يقول).

وهذا إذا كانت الوكالة على تزويج امرأة بعينها، أو غير معينة، وكان صداق مثلها مائة. وإن كان صداق مثلها مائتين كان له أن يأبى من النكاح؛ لأنه يقول: مثل هذه المرأة تطلبني بلوازم مثلها، وفي ذلك ضرر لي. فقد تكون ذات يسار وشرف وقدر، فليس نفقتها كنفقة غيرها. ومثله لو رضيت الزوجة أن يحط الزائد. فإن كانت الوكالة على نكاح امرأة بعينها لزمه، أو كانت بغير عينها وهي من مناكحه، وعلى مثلها وكل، لزمته، وإن كان على غير ذلك لم يلزمه.

قال مالك: وأما إذا قال الخاطب: هو أمرني أن أزوجه، أو هي أمرتني أن أزوجها، ثم قال الزوج منهما الحاضر[1]: لا حاجة لي بنكاح من إذا قدم كان عليه بالخيار لم يكن ذلك له حتى يقدم الغائب، أو يقدم عليه. فإن أقر لزمه، وإن أنكر لم يقبل منه إنكاره للوكيل بتوكيل من زوجه، حتى يحلف أنه ما أمره بعقد النكاح[2] ولا بعثه. فإن حلف سقط عنه النكاح، قال: وإن أقر لهم الرسول بأن ذلك بغير أمره بعد النكاح لم يقبل قوله[3] حتى يثبت ذلك بأمر لاشك فيه، أو يقدم الغائب فيحلف.

قال ابن القاسم: وقال مالك: في امرأة زوَّجها وليها، وزعم أنها امرأته، ثم إن المرأة أنكرت ذلك لما بلغها، قال مالك: عليها اليمين. فإن حلفت سقط عنها النكاح[4].

---

(١) قوله: (الحاضر) زيادة من (ب).

(٢) قوله: (بعقد النكاح) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (قوله) زيادة من (ب).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٢١.

قال عبد الملك بن حبيب: وقد كاشفت عن ذلك أصحاب مالك فقالوا: لا يمين عليها. لأنها لو نكلت عن اليمين لم يلزمها نكاح، وإنما يلزم اليمين في كل شيء ممن إذا نكل عنها حلف الطالب وكان القول قوله، وهذا مما لا يرجع اليمين فيه؛ إذ يصير نكاحه إنما يثبت بدعواه.

وقال أشهب: قال مالك في امرأة أنكحها أخوها، ثم مات زوجها قبل أن يدخل بها، فزعم أخوها أنها لم تكن رضيت بالتزويج، فقال مالك: تسأل المرأة الآن أكانت راضية أم لا. فإن قالت: نعم، فذلك لها[1].

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٢١.



باب
فيما تكون الفرقة فيه بفسخ أو طلاق

النكاح على خمسة: صحيح لا خيار فيه، وصحيح فيه خيار، وصحيح فيه خيار مختلف فيه، وفاسد مجمع على فساده، وفاسد مختلف فيه.

والفراق في الأول بطلاق حسب ما ورد به القرآن، ويفترق الجواب فيما فيه خيار، / والخيار على ثلاثة أقسام: أحدها: ما كان الخيار فيه قبل تمام العقد. والثاني: بعد انعقاده لحق تقدم العقد. والثالث: لحق حدث بعد العقد.

(ب) ١٨١/أ

فإن زوج رجل بغير أمره، أو زوجت امرأة بغير أمرها، وعلم المعتدى عليه بقرب العقد - كان بالخيار بين الإجازة أو الرد، والرد هاهنا فسخ بغير طلاق؛ لأن النكاح لم يكن انعقد. وإن انعقد النكاح، ثم ظهر لأحد الزوجين من الآخر عيب تَقَدَّمَ العَقْدَ يوجب الردَّ فرُدَّ- كان الفراق على قولين: فقال ابن القاسم: ذلك بطلاق.

وقال أبو جعفر الأبهري: إذا وجد الزوج المرأة مجنونة أو مجذومة فالرد يكون بغير طلاق.

وعلى هذا إذا كان العيب بالزوج، فاختارت الزوجة الفراق - أنه يكون فسخاً بغير طلاق؛ لأنه عيب تقدم العقد، فإنما يرد منهما بحق تقدم العقد، ولا يحتاج إلى إيقاع طلاق، ولا أن ينطق به. فإذا قال أو قالت "رددت بالعيب" وقعت الفرقة، ولو قال الزوج: رددت بالعيب هي طالق. لم يقع طلاق؛ لأنها بقوله: رددت في غير عصمة، ولو قال إذا رد بالعيب: هي طالق. لوقع عليها الطلاق.

ومن هذا الأصل ما اختلف فيه في الذي يوكل من يزوجه بألف، فزوجه بألفين، فلم يرضَ، ورد النكاح، فقال ابن القاسم: تكون فرقتهما طلاقاً[(١)]. وذكر سحنون[(٢)] عن غيره أنه قال: هو فسخ بغير طلاق، قال: وهو الذي أخذ به[(٣)].

ومن هذا عقد العبد بغير إذن سيده فيرد ذلك السيد، هل يكون برده بمنزلة من لم يعقد، أو يكون بمنزلة أمر طرأ على العقد؟ فاختلف في إحرامه بالحج إذا ترك ذلك سيده[(٤)]: فقال ابن القاسم: عليه القضاء متى أعتق، أو أذن له سيده[(٥)]. وقال أشهب وسحنون: لا قضاء عليه[(٦)]. وهو أحسن؛ لأنه راد لحق تقدم العقد ففارق من فاته الحج؛ لأنه أمر طرأ على العقد بعد صحته.

ويختلف على هذا في نكاحه إذا رده سيده: فقال مالك وابن القاسم: يكون طلاقاً[(٧)]. وعلى قول الأبهري وغيره لا يكون طلاقاً[(٨)].

والقسم الثالث: أن يحدث العيب بالزوج بعد العقد، فيقوم بالفراق، فذلك طلاق بخلاف الأول؛ لأن هذا أمر حدث بعد العقد[(٩)] وصحته، وكذلك

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١٥.

(٢) قوله: (سحنون) ساقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١١٥.

(٤) قوله: (هل يكون برده بمنزلة من لم يعقد، ... سيده) ساقط من (ب).

(٥) انظر: المدونة: ١/ ٤٩٠، النوادر والزيادات: ٢/ ٣٦٠.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٣/ ٤٠٣.

(٧) في (ق٥): (فسخاً)، وانظر: المدونة: ٢/ ١٢١.

(٨) قوله: (لا يكون طلاقاً) يقابله في (ب): (يكون فسخاً).

(٩) قوله: (فيقوم بالفراق، فذلك طلاق ... بعد العقد) زيادة من (ق٥).

الجواب إذا قامت بالفراق لعدم النفقة، أو لأنه أضر بها، أو اعتقت الأمة فاختارت الفراق، فالفرقة في جميع ذلك بطلاق؛ لأنه حدث بعد العقد.

فصل

[في اختلاف خيار الولي]

وإذا كان الخيار يُختلف فيه كالتي تزوجت بغير إذن وليها، وكان الولي بالخيار في إجازته أو رده فرده - فإنه يكون بطلاق، لاختلاف قول مالك في ذلك. فقال مرة: إن النكاح جائز، ولا مقال للولي فيه[1]. ويصح أن تكون الفرقة في النكاح الصحيح، وإن كان بأمر طارئ كان فسخاً، إذا لم يكن ذلك بإيقاع من الزوجين[2]، كملك أحد الزوجين الآخر، والرضاع ونكاح الأم على البت[3]، وما أشبه ذلك.

واختلف في ارتداد أحد الزوجين: هل هو فسخ أو طلاق؟ ويلزم على القول أنه طلاق أن يكون[4] ملكُ أحد الزوجين الآخر طلاقاً.

وأرى أن يكون ارتداده فسخاً، وارتدادها طلاقاً؛ لأن الطلاق للرجال، فإذا ارتد كان كافراً، والكافر لا يقع عليه طلاق، وإذا ارتدت وقع عليه الطلاق؛ لأنه مسلم.

واختلف في اللعان، فقيل: فسخ، وقال عبد الملك بن الماجشون: لا يلاعن في الحيض؛ لأنه طلاق.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٠.

(٢) في (ب): (الزوج).

(٣) في (ب): (البنت).

(٤) في (ب): (يقول).

قال الشيخ ﷺ: وهذا إنما يحتاج إليه على من قال إنه إذا أكذب نفسه بعد اللعان، أنه له أن يتزوجها، فترجع إليه على نكاح مبتدأ على قول من قال: إنه فسخ. وعلى القول: إنه طلاق ترجع إليه[1] على طلقتين بقيتا له فيها.

فصل

[في النكاح الفاسد]

وإذا كان النكاح فاسداً مجتمعاً عليه[2]، كانت الفرقة فسخاً، وسواء طلق بنفسه أو طلق عليه[3]. وإن كان مختلفاً في فساده كان فيه قولان، فقال مالك مرة: يكون فسخا؛ لأنهما مغلوبان على فسخه[4]. ومرة جعله[5] طلاقاً مراعاة لقول من أجازه[6]، وسواء كان الفساد من قِبَل العقد أو الصداق، أو منهما جميعاً، فالمجمع عليه: النكاح في العدة، ونكاح الأخت على الأخت، والمرأة على عمتها أو على خالتها، ونكاح البنت على الأم قبل أن يدخل بالأم، فإن فارق الأم تزوج البنت على نكاح مبتدأ، فكل هذه الفرقة فيه فسخ.

ومن الفاسد من قبل عقده: المرأة يزوجها غير ولي أو تزوج نفسها، ونكاح المحرم. ومن المختلف فيه: ومن أيده فساده من قبل الصداق أن يتزوج بتمر[7] لم يبدُ صلاحه، أو بعبد آبق، أو نكاح الشغار.

---

(١) قوله: (إليه) زيادة من (ب).

(٢) في (ب): (مجمعاً على فساده).

(٣) في (ق٥): على فساده.

(٤) قوله: (على فسخه) يقابله في (ب): (عليه).

(٥) قوله: (جعله) زيادة من (ب).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١١٩، ١٢٠.

(٧) في (ب): (بثمر).

ونكاح المريض مختلف فيه ومن يفسده، فجعل الفساد من قبل العقد لأنه لا ميراث فيه، ومن قبل الصداق؛ لأنه يصح تارة فيكون من رأس المال، أو يموت فيكون في الثلث، ولا يدري ما يحمل الثلث منه.

فصل

[في الصداق]

وأما الصداق: فإن فسخ قبل الدخول أو طلق قبل الفسخ فلا شيء عليه[1]، وإن دخل كان لها صداق المثل، وإن كان فساده من قبل صداقه، أو من قبل عقده وصداقه.

واختلف إذا كان الفساد في العقد وحده؛ هل يكون لها المسمى، أو صداق المثل؟ وشرح ذلك في الكتاب الثاني. وذكر العدة في[2] النكاح الفاسد في الحياة، وبعد الموت مذكور في كتاب العدة.

وقال ابن القاسم: إن تزوجت بغير ولي، ثم طلق الزوج قبل أن يجيز الولي وقع طلاقه عليها. فإن مات أحدهما كان بينهما الميراث، وقال: وإن اختلعت منه على مال دفعته إليه، ثم أتى الولي، فقال: لا أجيز عقده، كان الخلع جائزاً ولم يرد؛ لأن طلاقه وقع عليها بما أعطته[3].

وقد اختُلف في المرأة تزوجت بولاية الإسلام مع وجود ولاية النسب، فقال مالك مرة: النكاح باطل[4]، ولا مقال للولي. وقال مرة[5]: النكاح

---

(١) في (ب): (لها).

(٢) قوله: (العدة في) ساقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٠.

(٤) في (ب): (ماضٍ).

(٥) قوله: (مرة) ساقط من (ب).

(ب) ١٨/ب

صحيح، وفيه حق لآدمي، وهو الولي، فيجيز، أو يرد[1]. وقيل: النكاح[2]/ فاسد لحق الله تعالى.

فعلى القول الأول يرث بعضهم بعضاً.

واختلف في القول الثاني أن له أن يرده، فقال ابن القاسم: يرث بعضهم بعضاً[3]. يريد: لأن حق الولي يسقط بموتها؛ لأنه لم يبق بيده ما ينظر فيه. وإن مات الزوج لم يكن له أن يمنعها الصداق والميراث؛ لأن ذلك ضرر عليها.

وقال محمد: إن مات الزوج ورثته، وإن ماتت هي كان للولي أن يمنعه الميراث؛ لأنه يقول لم أكن أجيز. وهذا يصح على من قال: إن للولي رد النكاح وإن كان صواباً. كما قال في التي من الموالي تزوجها[4] رجل قرشي.

وفي كتاب ابن المواز: أن الولي إنما يرد إذا لم يكن إمضاؤه من حسن النظر. فعلى هذا ينظر فيه إن ماتت؛ فإن كان ممن ليس للولي أن يرده؛ لأنه صواب - كان الميراث بينهما، وإن لم يكن صواباً كان له أن يفسخ في الحياة، وإن ماتت قيل له: هل كنت تجيز أم لا؟ ومن قال: إن فيه حقّاً لله عز وجل، وإنه فاسد- لا يكون بينهما ميراث إلا على مراعاة الخلاف.

وقال ابن القاسم: إذا كان النكاح مغلوبين[5] على فسخه فقذفها لاعَن[6]. وإن ظاهر منها لم يلزمه إلا أن يريد أن يتزوجها بعد ذلك. وإن آلى منها لزمه؛ لأنه

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١٩.

(٢) قوله: (النكاح) ساقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٠.

(٤) في (ب): (يزوجها).

(٥) في (ت): (مجموع).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٢١.

لو آلى من أجنبية لزمه.

فالإيلاء واللعان يستوي فيهما ما أجمع على فساده واختلف فيه، ولا يلزم الظهار إلا في المجمع عليها[١]، ويختلف في المختلف فيه، فمن ألزم الطلاق ألزمه الظهار، ومن لم يلزم الطلاق لم يلزمه الظهار.

فصل

[زواج العبد بغير إذن السيد]

وإن تزوج عبد بغير إذن سيده كان للسيد أن يفسخه أو يجيزه. وقال أبو الفرج: القياس أن يفسخه؛ لأنه نكاح انعقد على خيار. وقال ابن القاسم: فيمن صرف خلخالين فاستحقًّا، فأجاز المستحق الصرف فيهما - جاز[٢]، وقال أشهب: القياس أنه مفسوخ؛ لأنه صرفٌ فيه خيار[٣]. والأول أبين في السؤالين جميعاً؛ لأنهما دخلا على البتِّ.

واختلف إذا رد النكاح: فقال مالك: يكون رده طلاقاً[٤]. وعلى ما قال أبو جعفر الأبهري يكون فسخاً؛ لأنه يرده لحق تقدم العقد. وإذا كان طلاقاً كان حمله عند مالك إن لم ينو عدداً على واحدة.

واختلف قوله إذا طلقها طلقتين: فقال مرة: ذلك له، وقال مرة: لا يلزمه إلا واحدة؛ لأن الواحدة تبينها ويفرغ له عبده[٥]. وهو أحسن؛ لأن مقال

---

(١) قوله: (إلا في المجمع عليها) يقابله في (ب): (في المجمع على فساده).

(٢) انظر: المدونة: ٣/ ٢٥، ٤/ ٢١٢.

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٢٥.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٠.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٢١.

السيد في دفع الضرر والواحدة تدفع الضرر.

واستحسن أن تكون له الرجعة إن أعتق في العدة. وقد قال مالك: مرة في الأمة تعتق وزوجها عبد، فتختار نفسها، ثم يعتق زوجها في العدة: أنه له الرجعة، وكذلك إن مكَّنه السيد من الرجعة، ولم يعتق فله أن يرتجع[١].

وإن لم يَرُدَّ السيد نكاحه حتى أعتقه مضى نكاحه، فإن مات السيد كان ورثته بالخيار في الإجازة أو الرد، وإن باعه كان للمشتري أن يجيز، وليس له أن يرد النكاح، وله رد البيع عن نفسه. قال ابن القاسم: وإن رجع العبد إلى البائع كان له رد النكاح[٢].

وأرى إن أراد البائع رد النكاح قبل أن يرد عليه- أن يكون ذلك له، وللمشتري أن يرد البيع، وأن يسقط النكاح؛ لأن تزويجه بغير إذن سيده عيب يخشى أن يعاود مثل ذلك. وقد حمل بعض أهل العلم قول ابن القاسم في "المدونة" أن ليس للبائع أن يرد النكاح وهو في ملك المشتري، وقوله في[٣] ذلك محتمل، والقياس أن ذلك له إذا رضي المشتري بعيب تعديه في النكاح خاصة.

ولو كانت أمة تزوجت بغير إذن سيدها فسخ النكاح وإن أجازه السيد، وكذلك إن أعتقت، أو صارت إلى ورثة السيد فأجازوا، أو بيعت فأجاز المشتري؛ لأنه نكاح فاسد، فإن رضي المشتري بعيب تعديها في النكاح لزمه الشراء؛ لأن النكاح يفسخ لحق الله تعالى.

---

(١) انظر: التفريع: ٢/ ٥٠.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٥.

(٣) قوله: (في) ساقط من (ب).

وكذلك الأَمَةُ بين الشريكين يزوجها أحدهما بغير وكالة الشريك فهو فاسد يفسخ وإن أجازه الآخر، وأما الصداقُ فإن دخل بها وأجاز الآخر النكاح كان لها المسمى.

واختلف إذا لم يجز، وكانت تزوجت بعشرين، وصداق مثلها ثلاثون. فقال ابن القاسم: يكمل للغائب نصف صداق المثل[1]. وقال فضل بن سلمة: يكمل لها صداق المثل؛ لأنه مال من مالها لا يقسم إلا بالتراضي. وقول أشهب: لا يزاد على المسمى. وإذا أكمل الصداق على أحد الأقوال نظرت؛ فإن كان الزوج عالماً أن فيها شركاً لغير من زَوَّجه لم يكن له[2] على الذي زوجه مقال في العشرة التي أكمل بها الصداق؛ لأن خمسة منها للغائب، وخمسة أكملت لحق الغائب؛ لأنه لا يقسَّم إلا بالتراضي. فإن عتقت بعد ذلك تبعها مالها، ولم يرجع الزوج عليها، ولا على الشريك بشيء.

وإن بيعت بغير مالها أخذ الزوج خمسة، وهي التي تنوب الحاضر، وإن بيعت بمالها كان له الأقل من خمسة، أو نصف[3] ما زاد المال في ثمنها. وإن ماتت أخذ خمسة من نصف الحاضر إلا أن ينقص المال. فإن وجد لها عشرون كان له ثلاثة وثلث، وهو ثلث العشرة التي تنوب الحاضر؛ لأن الخمسة العاجزة مفضوضة عليها.

وكل هذا إذا كان الزوج عالماً بالشريك، فإن لم يعلم كان له أن يرجع على من زوجه بجميع المسمى إن أجاز الغائب، وبجميع صداق المثل إن لم يجز.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٤.

(٢) قوله: (له) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (نصف) زيادة من (ب).

وقيل: يرجع بما غرم إلا نصف ربع دينار. والأول أحسن؛ لأن الأصل أنه متى كان الغرور من غير الزوجة، وكان من الولي أن يرجع الزوج بجميع[1] ما غرم؛ لأن الصداق بيد الزوج، وإنما يترك ربع دينار إذا كان الغرر منها، وانتزع منها ما قبضت فيترك لها ربع دينار. وقول ابن القاسم في قسمته إذا دعا إلى ذلك أحدهما[2] أحسن لوجهين: أحدهما: أن الصحيح/ من القول[3] في الصداق أنه ليس بمالها إلا[4] لحق الزوج في أن يجهز به، فإذا سقط مقال الزوج؛ لأن النكاح فسخ- كان مالاً للسيد؛ لأن الصداق إما أن يكون ثمناً للمنافع أو ثمناً للرقاب، وأي ذلك كان فإنه حق للسيد بخلاف مالها. والوجه الآخر أن هذا في معنى الجناية عليها، لما زوجت بغير رضا الغائب.

(ب) ١٨٢/أ

وإن كان عبداً بين شريكين زوَّجه أحدهما بغير وكالة من الآخر، فإن أجاز ثبت النكاح بخلاف الأَمَة، وإن فسخ أخذ من الزوجة جميع ما أصدقها العبد. قال مالك: إلا قدر ما تستحل به[5]. وقد قيل: لا يترك لها شيء؛ لأنه من باب الاستحقاق. فإن علمت الزوجة بالشريك لم ترجع على[6] زوجها منه بشيء، ويترك الصداق بيد العبد، فإن اقتسماه رجعت الزوجة على الحاضر بنصيبه من الصداق، وإن غرها ولم يعلمها أن فيه شركاً لغيره رجعت على الذي غرها بجميع الصداق. وإن كان عديماً بيع له[7] نصيبه من العبد، ولها أن تتبع العبد

---

(١) في (ب): (بغير).

(٢) في (ب): (أحدهم).

(٣) في (ب): (من القولين).

(٤) قوله: (إلا) ساقط من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٦.

(٦) قوله: (لم ترجع على) يقابله في (ب): (ثم رجع على من).

(٧) في (ب): (لها).

في ذمته متى عتق، إلا أن تسقط من ذمة[١] السيد الآخر.

فصل

[في زواج السفيه بغير إذن وليه]

وإذا تزوج سفيه بغير إذن وليه وابتنى[٢] نظر فيه وليه؛ فإن كان حُسْنَ نظرٍ أمضاه، وإلا ردَّه[٣]. واختلف إذا رده في الصداق على أربعة أقوال: فقال مالك: يترك لها ربع دينار. وقال ابن الماجشون في "كتاب ابن حبيب": لا يترك لها شيئاً[٤]. وقال ابن القاسم في "كتاب محمد": يجتهد في الزيادة لذات القدر[٥]. وقال أصبغ: يزاد ما يرى ولا يبلغ بها[٦] صداق مثلها، ولا مذهب[٧] صداق[٨]. يريد: إذا غرها فهو غرور شاركه إِذْنٌ منها[٩].

واختلف هل تكون جناية، فيكون لها المسمى ما لم يكن أكثر من صداق المثل، أو لا تكون جناية لما شاركه إِذْنٌ منها؟ فيكون لها ربع دينار، فلما ترجح عندها الأمر: هل هي جناية أم لا؟ جعلا الأمر فيه شبيهاً بالقسمة. وإن علمت أنه سفيه كان لها ربع دينار لا أكثر.

---

(١) في (ب): (يسقطه من ذمته).

(٢) قوله: (وابتنى) زيادة من (ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٧.

(٤) ساقطة من (ق٥). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٧.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٧.

(٦) قوله: (بها) زيادة من (ب).

(٧) في (ب) و(ت): (يذهب).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٧.

(٩) قوله: (منها) زيادة من (ت).

واختلف إذا لم يعلم الولي حتى مات السفيه أو ماتت الزوجة. فقال ابن القاسم في "كتاب محمد": إن ماتت الزوجة كان النظر إلى الولي على حاله؛ فإن رأى أن يثبت النكاح ويأخذ الميراث كان ذلك له، وإن رأى أن يرد ويترك الميراث ردَّ[1].

وإن مات الزوج فلا ميراث[2] لها[3]. يريد لأن نظر الولي[4] زال بموت اليتيم. وقال أصبغ: إن مات[5] نظر، فإن كان تزويجه غبطة كان لها الصداق والميراث، وإن لم يكن كذلك فلا صداق لها[6] ولا ميراث، وإن مات الزوج كان لها الميراث، وينظر في الصداق؛ فإن كان النكاح نظراً كان لها الصداق مع الميراث، وإن كان مما يرد فلا صداق لها ولها الميراث.

وإن كان قد مس كان لها ربع دينار[7]. وجوابه حسن إلا قوله: إن مات الزوج ولم تكن غبطة أن لها الميراث. فقول ابن القاسم فيه أحسن: ألا ميراث ولا صداق إن لم يكن دخل، فإن دخل كان لها ربع دينار.

وإن تزوج الصبي بغير إذن وليه أو وصيه كان الأمر فيه إلى من ينظر له من أب أو وصي؛ فإن كان صواباً أمضاه، وإلا رده. قال ابن القاسم: ولا شيء لها من الصداق، وإن دخل[8]. يريد: لأن إصابته كلا شيء.

---

(١) قوله: (ردَّ) زيادة من (ب).

(٢) في (ب): (فالميراث).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٧.

(٤) في (ب): (الوصي).

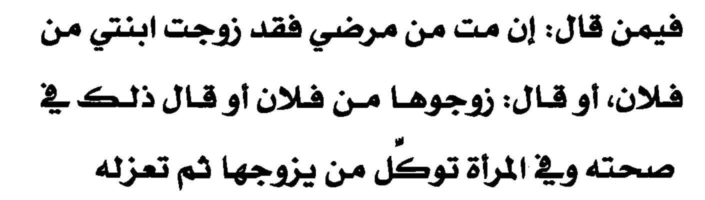
(٥) في (ب): (إن ماتت).

(٦) قوله: (لها) ساقط من (ب).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٧.

(٨) انظر: المدونة: ٤/ ٤١٦.

باب

فيمن قال: إن مت من مرضي فقد زوجت ابنتي من فلان، أو قال: زوجوها من فلان أو قال ذلك في صحته وفي المرأة توكّل من يزوجها ثم تعزله

وإن قال: إن مت من مرضي فقد زوجت ابنتي من فلان- جاز، ويوقف فلان على القبول أو الرد، وإن كان صغيراً وقف وليه. وقال سحنون: إنما يجوز ذلك إذا ابتدأ[1] النكاح بالقرب. وقال فيمن زوج بغير أمره وكان غائباً على مثل القلزم، فقيل: جائز، وإن كان على مثل الإسكندرية لم يجز. وقيل: يجوز وإن بعد، وقد تقدم ذكر الخلاف في ذلك[2].

وإن قال: إن مت فزوجوا ابنتي من فلان، جاز قَرُب ذلك أو بَعُد؛ لأن النكاح في المسألة الأولى من الميت بقوله فقد زوجت، وفي هذه النكاح من الوكيل على التزويج.

وقال أصبغ في "كتاب محمد": إذا قال: إذا مت فزوجوا ابنتي من فلان بعد عشر سنين - فذلك جائز لازم لها، وكذلك إن قال بعد بلوغها: إذا فرض فلان صداق مثلها، وليس لها ولا للوصي أن يأبيا ذلك إذا طلبها من سماه الأب ويحكم له به[3] الحاكم[4].

واختلف إذا قال في صحته: إن مت فقد زوجت ابنتي من فلان،

---

(١) في (ب): (إذا قبل).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٧.

(٣) في (ق٥): (بها).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٠١.

فأجازه أشهب[١]. وقال ابن القاسم: لا يجوز إلا أن يوصي[٢] به في المرض[٣]. قال محمد: وهو أصوب؛ لأنه[٤] إذا كان في الصحة فكأنه إلى أجل، ولعل ذلك يطول كالذي يقول إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتي من فلان[٥].

والأول أحسن؛ لأن محمل الوصية بذلك بعد[٦] الموت على أحكام الوصايا، فالموصي بالخيار، وله أن يغير وصيته، وليس كالذي يقول إذا مضت سنة فقد زوجت؛ لأن محمله على البت وذلك فاسد.

وقال ابن القاسم فيمن قال: إذا مضى هذا الشهر فأنا أتزوجك، ورضي وليها: فالنكاح باطل[٧]. يريد إذا التزمت[٨] ذلك إذا مضى الأجل؛ لأنه نكاح فيه خيار للزوج؛ لأن قوله: أنا أتزوج إذا مضى الشهر- ليس بالتزام له. فإن قال: أنا أتزوجك، وقالت هي أو وليها: وأنا أتزوجك- كانت مواعدة، ومواعدة من ليست في عدة جائزة.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٧

(٢) في (ب): (أن يرضى).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٦.

(٤) في (ب): (لا).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٧.

(٦) قوله: (بذلك بعد) يقابله في (ب): (إذ ذاك لبعد).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٠.

(٨) في (ب): (التزم).

فصل

[في توكيل المرأة للرجل يزوجها]

وقال ابن القاسم في امرأة وكلت رجلاً يزوجها، فقال بعد ذلك: قد زوجتك. وقالت: لم تزوجني، فالقول قول الوكيل إذا صدَّقه الزوج[١]. يريد: إذا قالت لم تزوجني ولم تعزله، وكذلك إن قال: زوجتك. فقالت عند ذلك: قد عزلتك.

ويختلف إذا تقدم قولها: عزلتك. فقال عند ذلك: كنت زوجتك. هل يسقط قوله لتقدم عزله إلا أن يثبت قوله[٢] ببينة، أو يكون القول قوله؟ وهو أحسن؛ لأنها جعلت ذلك إليه ومضى ليعقد[٣] ولا تعلم هل فعل أم لا إلا من قوله.

(ب) ١٨٢/ب

وإن وكلته على أن يزوجها ففعل/ لم يكن له قبض الصداق؛ لأن الوكالة على التزويج تتضمن العقد خاصة، فهو بالعقد مزوج والزوجة تقبض الصداق، وتسلِّم العوض. وكذلك من وُكِّل على بيع سلعة، ولم يسلمها للوكيل، فهي وكالة على العقد، وصاحبها يقبض الثمن، ويسلم السلعة.

وإن وكلته على التزويج وقبض الصداق فقال: قبضته[٤] وضاع - لم يصدق إلا أن يقيم بينة على القبض، فيقبل قوله في الضياع؛ لأنها وكالة على شيئين؛ على عقد وعلى قبض دين[٥]، لما كانت الوكالة على التزويج لا تتضمن

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٦.

(٢) قوله: (قوله) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (ليفعل).

(٤) قوله: (قبضته) ساقط من (ب).

(٥) في (ق٥): صداق.

قبض الصداق.

وقال ابن وهب وأشهب في "كتاب محمد": إن قال الأب في صداق البكر: ضاع مني؛ قُبِلَ قوله إن قبضه ببينة، وكذلك الوصي، ويدخل بها الزوج، وإن كان القبض بغير بينة فلا دخول له إلا بدفعه. قال ابن وهب: ولا ضمان على الأب. قال ابن القاسم: وإن قال[1]: جهزتها به حلف وبرئ، إلا أن يتبين كذبه. وإن قال: دفعته إليها عيناً[2] ضمن؛ لأن البكر لا يدفع إليها العين[3].

(١) قوله: (وإن قال) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (عيناً) زيادة من (ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٣٢.

باب



في نكاح المتعة، والنّهارية، ومن أحل أمته، والنكاح على خيار، وفي هزل النكاح



نكاح المتعة محرم لقول النبي ﷺ: «كُنْتُ أَذِنْتُ لَكُمْ فِي الاسْتِمْتَاعِ مِنَ النِّسَاءِ[(١)]، وَإِنَّ اللهَ حَرَّمَ ذَلِكَ إِلَى يَوْمِ القِيَامَةِ، فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ شَيْءٌ مِنْهُنَّ فَلْيُخَلِّ سَبِيلَهَا، وَلَا تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا». أخرجه مسلم[(٢)]. وقال سلمة بن الأكوع: "رخص لنا رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثاً ثم نهى عنها"[(٣)]. وقد تضمن هذان الحديثان تقدم الإباحة ثم النسخ.

وقال عمر رضي الله عنه: لو كنت تقدمت في ذلك لرجمت[(٤)]. وثبت عن ابن عباس رجوعه عنها[(٥)].

---

(١) في (ب): (بالنساء).

(٢) أخرجه مسلم: ٢/ ١٠٢٣، في باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ثم أبيح ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة، من كتاب النكاح برقم (١٤٠٦).

(٣) أخرجه مسلم: ٢/ ١٠٢٢، في باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ثم أبيح ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة، من كتاب النكاح برقم (١٤٠٥).

(٤) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٣٥، من باب جامع ما لا يجوز من النكاح، في كتاب النكاح برقم (١١١٤)، ولفظه: (أن عمر بن الخطاب أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال: هذا نكاح السر، ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت)، وأخرجه الشافعي بنحوه: ١/ ٢٩١، في كتاب عشرة النساء، برقم (١٣٩٤)، والبيهقي في سننه،: ٧/ ١٢٦، في باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، من كتاب النكاح، برقم (١٣٥٠٤).

(٥) قال الترمذي في سننه: ٣/ ٤٢٩: (روي عن ابن عباس شيء من الرخصة في المتعة ثم رجع عن قوله حيث أخبر عن النبي ﷺ) وأخرج البخاري في صحيحه: (أن عليا رضي الله عنه قال لابن عباس: إن النبي ﷺ نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر)، أخرجه: ٥/ ١٩٦٦، في باب =

وقال عروة: هو الزنا الصراح[1]. وقيل: ليس بزنا وما أحل النبي ﷺ الزنا[2] بحال.

ونكاح المتعة: ما وُقِّت بأجلٍ؛ يومٍ أو شهرٍ أو سَنَةٍ، بشرط من المرأة أو الرجل يفسخ قبل الدخول وبعده بغير طلاق.

ويختلف في الصداق هل لها المسمى أو صداق المثل. والمسمى أحسن؛ لأن الفساد في العقد لا في الصداق. ولو قيل: صداق المثل إلى المدة التي ضرباها؛ لكان وجهاً، فيقوم على الوجه الفاسد كما[3] لو كان يجوز كما تُقَوَّم الثمرة والزرع على مستهلكه، ولا تعطى صداق المثل كالمؤبد، وإنما يقوم المبيع على قدر ما بيع منه، فليس بائع بعض منافعه[4] كمن باع جملة منافعه.

وإن تزوج المسافر امرأة ليستمتع بها ويفارقها إذا سافر كان نكاحه على ثلاثة أوجه: فإن شرطا[5] ذلك كان فاسداً، وهو نكاح متعة.

واختلف إذا فهمت ذلك ولم يشترطا[6]. قال محمد: النكاح باطل وهو متعة. وروى ابن وهب عن مالك جوازه، فقال: إنما يكره الذي ينكحها على ألا يقيم، وعلى ذلك يأتيها. وروى عنه أشهب أنه قال: إن أخبرها قبل أن =

نهى رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة آخرا، من كتاب النكاح برقم (٤٨٢٥).

(١) لم أقف على لفظه، وأخرج الطبراني في الكبير: ٧/ ١٣، برقم (٦٢٣٢): (أن ابن عباس وعروة بن الزبير اختلفا في المتعة فقال عروة: هي زنى).

(٢) قوله: (الزنا) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (كما) زيادة من (ب).

(٤) قوله: (بعض منافعه) يقابله في (ت): (منافع يوم).

(٥) في (ب): (شرط).

(٦) في (ت): (يشترطاه).

ينكح، ثم أراد إمساكها فلا يقيم عليها، وليفارقها فالأول شرط، والثاني فهمت عنه، والثالث أخبرها، فهو شبيه بالشرط.

وقال مالك: إن تزوج من تزوج[(١)] لعزبة، أو هوى ليقضي إربه ويفارق فلا بأس، ولا أحسب إلا أن من النساء من لو علمت بذلك ما رضيت[(٢)]. فأجرى الأول مجرى المتعة وإن كانا دخلا على أن فيه طلاقاً بيد الزوج؛ لأن[(٣)] من حق المرأة إذا أتى سفره أو ذهب قدره وأراد[(٤)] الإقامة -أنها تقوم بالفراق؛ لأنها تقول: لم أبع إلا منافع مدة معلومة؛ فلا حق عليّ في غيرها. وليس كذلك إذا فهمت ذلك من غير شرط؛ لأن المرأة ترجو أن تحسن عنده وتوافقه، فلا يفارقها، وكذلك الزوج يقول: إن اطلعت على ما يغتبط به أمسكت. وكذلك إن تزوجها لهوى فإن شرط وأعلمها أنه يقصد وقتاً، ثم يفارق فسد، وإن فهمت، أو كتمها جاز.

قال مالك: وبالعراق النهارية تتزوج على أن لا تأتيه، أو لا يأتيها إلا نهاراً، أو لا تأتيه إلا ليلاً، فلا خير فيه. وقال ابن القاسم: ويفسخ ما لم يدخل، فإن دخل ثبت ولها صداق المثل، ويسقط الشرط، وعليه أن يأتيها ليلاً ونهاراً[(٥)]. وفارق عنده نكاح المتعة وإن دخل على أنه يصيب في أحد الزمنين؛ لأنه دخل على أن ذلك بيده حتى يموت، أو تموت، أو يطلق.

---

(١) قوله: (من تزوج) زيادة من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٥٨، والبيان والتحصيل: ٤/ ٣٠٩.

(٣) في (ب): (لا).

(٤) في (ب): (وإن أراد).

(٥) انظر النوادر والزيادات: ٤/ ٥٥٨.

فصل

[في عدم إحلال رجل جاريته لرجل]

ولا يحل لرجل أن يحل جاريته لرجل. واختلف إذا فات ووطئ، فقال مالك: يدرأ فيه الحد، وتقوم عليه الجارية يوم[١] وطئ، حملت أو لم تحمل[٢]. وقال ابن كنانة في "كتاب المدنيين": ترد إن لم تحمل. وقال عيسى بن دينار: وهو أحب إليّ. يريد: لأنه إنما وهب[٣] منافع، وأبقى الرقبة على ملكه، ولم يخرجها عن ملكه، لا على وجه الهبة، ولا على وجه البيع.

فصل

[نكاح خيار المجلس]

النكاح على خيار المجلس وَبَعْدَ الافتراق فيما قرب -جائزٌ، وهو في هذا أوسع من الصرف.

وقال ابن القاسم في "كتاب محمد": إن شرط مشورة فلان الشيء القليل وهو حاضر البلد يأتيانه[٤] من فورهما -جاز[٥]. ويختلف إذا كان الخيار لهما، أو لأحدهما اليوم واليومين والثلاثة، فمنعه في المدونة وقال: لأنهما لو ماتا قبل أن يختار[٦] لم يتوارثا[٧].

---

(١) قوله: (يوم) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٤/ ٤٨٣.

(٣) في (ب): (يريد: إنما وهبت).

(٤) في (ب): (يأتيانهما).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٢٣.

(٦) في (ب): (يختارا).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٩.

وعلى القول بإجازة الخيار في الصرف يجوز في[1] هذا، والنكاح في هذا أوسع من الصرف؛ لأن المنع عنده خوف الموت، ومراعاة الموت في خيار الثلاثة الأيام من النادر، والنادر لا حكم له، وأيضاً فإن النكاح غير منعقد حتى يمضي؛ فلم يضر عدم الميراث.

ويجوز على تعليله بالخيار إذا كان الزوج عبداً أو كانت هي أَمَة؛ لأنه لا ميراث بينهما لو كان منعقداً وإن كان الخيار في الصداق، فقالت: أتزوجك على أحد هذين العبدين إن شئت أو أردهما[2]؛ لم يجز وعاد الأمر إلى ما تقدم من نكاح الخيار. وإن كان قد وجب أحدهما ويرد الآخر جاز إذا كان الخيار للمرأة.

واختلف إذا كان الخيار للزوج؛ فمنعه ابن القاسم، وأجازه سحنون في النكاح والبيع. وأرى أن يجوز في النكاح؛ لأنه مما أَصْلُهُ الْمُكَارَمَةُ، ويجوز فيه من/ الغرر في الصداق ما لا يجوز في البيع، وإن أوجب الصداق، وشرطا[3] إن لم يأت به لوقت كذا فلا نكاح بينهما -كان فاسداً؛ يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده وهذا، إذا عقد على أنها ليست بزوجة إلا بإحضار الصداق، وهو نكاح خيار انعقد عليها دونه، فإن أحب أتاها بالصداق وطالبها بالتمام، وإن كره لم يُحضِره. ويختلف إذا عقد على أنهما زوجان من الآن فإن لم يأت بالصداق، ذهبت بنفسها: هل يسقط العقد، أو يثبت ويسقط الشرط؟ والخيار يفسد[4] النكاح إذا دخلا عليه.

(ب) ١٨٣/أ

واختلف إذا دخلا على البت، وكانت الأحكام توجب الخيار، كنكاح

(١) قوله: (في) زيادة من (ب).

(٢) في (ب): (إن شئت أحدهما).

(٣) في (ت): (وشرط).

(٤) في (ب): (ويفسد).

العبد بغير إذن سيده، وقد تقدم. ومن نكح على خيار فُسِخَ قَبْلُ.

واختلف قوله إذا دخل هل يثبت أو يفسخ؟ وأرى أن يمضي. ويُختلف في الصداق هل يكون المسمى أو المثل؟ والمسمى أحسن؛ لأن الفساد في العقد ليس في الصداق[١].

فصل

[في هزل النكاح والطلاق]

وقال ابن القاسم: هزل النكاح والطلاق لازم، فلو خطب رجل امرأة، ووليها حاضر وكانت فوضت ذلك إليه فقال: قد فعلت، أو كانت بكراً، وخطبت إلى أبيها فقال: قد أنكحت، فقال: لا أرضى لزمه النكاح، بخلاف البيع؛ لأن سعيد بن المسيب قال: ثلاثة هزلهن جد: النكاح، والطلاق، والعتق[٢].

وقد روى علي بن زياد عن مالك في "السليمانية" أنه قال: نكاح الهزل لا يجوز. وقال سليمان: إذا علم الهزل لم يلزم عتق، ولا نكاح، ولا طلاق، ولا شيء عليه من الصداق[٣] وإن لم يعلم فهو جائز. وهو أبين لقول النبي ﷺ: «**الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ**...»[٤]. فإن قام دليل الهزل -لم يلزم العتق، ولا نكاح، ولا طلاق، ولا شيء عليه من الصداق. وإن لم يقم دليل لذلك لزمه نصف الصداق ولم يمكَّن[٥] منها لإقراره على نفسه ألا نكاح بينهما.

(١) قوله: (ليس في الصداق) ساقط من (ت).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٢.، وأصله حديث مرفوع.

(٣) قوله: (لم يلزم عتق، ولا نكاح، ... الصداق) ساقط من (ب).

(٤) سبق تخريجه في كتاب الصيام، ص: ٧٣٢.

(٥) في (ت): (يكن).



باب
ما يستحب من إعلان النكاح وحكم من أسرَّه

إعلان النكاح مندوب إليه لقول النبي ﷺ: «**أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاجْعَلُوهُ فِي المَسَاجِدِ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ**»[١]. وقال النبي ﷺ: «**فَصْلُ مَا بَيْنَ الحَلَالِ وَالحَرَامِ الدُّفُّ وَالصَّوْتُ**»[٢]. اجتمع على[٣] هذين الحديثين الترمذي والنسائي[٤]. وإعلان النكاح يكون بالذكر واللعب والوليمة. وقال مالك في "كتاب محمد": لا بأس بالدُّفِّ والكَبَرِ[٥]. وقال أصبغ: لا يعجبني المزهر[٦] وهو المربع، وإن كان وحده، فهو أحب إليّ، وإن كان معه الكَبَرُ، فلا يكون معهما غيرهما. وقال ابن حبيب: أرخِّص في العرس: إظهار الدف والكبر والمزهر، وكره أصبغ الغناء إلا بما قالته الأنصار، وكره جميع ذلك في غير العرس[٧].

---

(١) أخرجه الترمذي، باب ما جاء في إعلان النكاح، كتاب النكاح: ٣/ ٣٩٨، برقم (١٠٨٩) قال الترمذي: هذا حديث غريب حسن في هذا الباب وعيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث.

(٢) الترمذي: ٣/ ٣٩٨، في باب ما جاء في إعلان النكاح، من كتاب النكاح، برقم (١٠٨٨)، قال الترمذي: حديث حسن، وأخرجه النسائي: ٦/ ١٢٧، في باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف، من كتاب النكاح برقم (٣٣٦٩).

(٣) قوله: (اجتمع على) يقابله في (ب): (أخرج).

(٤) لم أقف على الحديث الأول في سنن النسائي.

(٥) الكَبَرُ: طبل له وجه واحد، انظر: لسان العرب: ٥/ ١٢٥.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٦٧.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٦٧.

فصل

[في استحباب الوليمة قبل البناء]

وتستحب الوليمة لقول النبي ﷺ لعبد الرحمن بن عوف: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ»[1]. والوليمة قبل البناء، وبعده واسع، وقد أَوْلَمَ النبي ﷺ على زينب وصفية بعد البناء[2].

محمد: قال مالك: وكان ربيعة يقول: إنما تستحب الوليمة لإثبات النكاح، وإظهاره؛ لأن الشهود يهلكون[3].

وإتيان الدعوة على ثلاثة أوجه: واجب، ومستحب، ومباح. فإن كان المدعو قريباً أو جاراً أو صديقاً ومن يعلم أنه يحدث لتأخره عداوة وتقاطع - كان واجباً. وإن كان على غير ذلك، ولم يأت من الناس ما يقع به إشهار النكاح كان مندوباً، وإن كان قد أتى ما وقع به إظهار النكاح كان ما بعد ذلك مباحاً.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٤٥، في باب ما جاء في الوليمة، من كتاب النكاح برقم (١١٣٥)، والحديث متفق عليه، البخاري: ٢/ ٧٢٢، في باب ما جاء في قول الله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾، من كتاب البيوع برقم (١٩٤٣)، ومسلم: ٢/ ١٠٤٢، في باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من، من كتاب النكاح برقم (١٤٢٧).

(٢) ما جاء في وليمة أم المؤمنين زينب هو ما جاء من حديث أنس، وفيه: (كنت أعلم الناس بشأن الحجاب حين أنزل، وكان أول ما أنزل في مبتنى رسول الله ﷺ بزينب بنت جحش أصبح النبي ﷺ بها عروسا فدعا القوم فأصابوا من طعام... الحديث) أخرجه البخاري: ٥/ ١٩٨٢، في باب الوليمة الحق، من كتاب النكاح، برقم (٤٨٧١) وما جاء في وليمة أم المؤمنين صفية ﵂ بعد الدخول، أخرجه أبو يعلى: ٦/ ٤١٣، من حديث حميد الطويل، برقم (٣٧٧٧).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣١٠.

وإن لم يعينه من له الوليمة كان أبين.

قال مالك في "كتاب محمد": لا بأس أن يقول الرجل للرجل: ادع لي من لقيت ولا بأس على من دُعي على مثل ذلك أن لا يأتيها؛ لأنه لا يعرفه، ولم يتعمده بنفسه[1]. يريد: لأن يأخذ من لا يعرف لا يقع منه شنآن ولا تقاطع. قال مالك[2]: ويكره لأهل الفضل أن يجيبوا إلى الطعام يُدْعَوْن إليه. قال محمد: يريد في غير العرس[3].

وأرى إن كان الداعي من أهل الفضل أيضاً، كالفقيهين تكون لأحدهما وليمة، والعابدين، والفقيه والعابد؛ فيستحسن ألا[4] يأتيه، إلا أن يخاف في تخلفه التقاطع والشنآن، فلا يسعه التخلف.

وقال مالك في الحديث: «**وَمَنْ لَمْ يَأْتِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ**»[5]، وذلك في العرس خاصة؛ لإفشاء النكاح، فيجيب وإن لم يأكل، ويجيب وإن كان صائماً. وأرى إن كان المدعو قريباً أو جاراً أو صديقاً؛ فإن العرس وغيره سواء. وإن كان على غير ذلك افترق العرس عن غيره؛ لما ندب إليه من إعلان العرس ولقوله ﷺ: «**شَرُّ الطَّعَامِ طَعَامُ الوَلِيمَةِ**» ثم قال: «**فَمَنْ لَمْ يَأْتِ الدَّعْوَةَ**

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧١.

(٢) قوله: (قال مالك) ساقط من (ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٢.

(٤) في (ب): (أن).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٤٦، في باب ما جاء في الوليمة، من كتاب النكاح برقم (١١٣٨).

والحديث متفق عليه، أخرجه البخاري: ٥/ ١٩٨٥، في باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله، من كتاب النكاح برقم (٤٨٨٢)، ومسلم: ٢/ ١٠٥٤، في باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة، من كتاب النكاح، برقم (١٤٣٢).

فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ»[١].

والوليمة عند العرب: طعام العرس، وطعام الختان: إعذار. وطعام القادم من سفره: النقيعة. وطعام النفساء: الخُرسُ، وكل طعام صنع لدعوة فهو[٢] مَأْدُبَة. وأما قوله: إذا أتى وهو مفطر لا يطعم، فالذي في الحديث أن يطعم. قال ﷺ: «فَلْيَأْتِ، فَإِنْ كَانَ مُفْطِراً، فَلْيَطْعَمْ، وَإِنْ كَانَ صَائِماً فَلْيُصَلِّ»[٣]. ولو جعل ذلك على صفة المدعو كان حسناً. فأما الرجل الجليل فلا بأس ألا يطعم؛ لأن المراد منه[٤] أن يتشرف بمجيئه. وإن لم يكن بتلك المنزلة، وكان ممن يرغب في أكله، ويحدث الوحشة في النفوس إن لم يفعل - فاتباع الحديث أولى.

فصل

[في نكاح السر]

روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن نكاح السر[٥]، واختلف في صفته. فقيل: هو ما أمر الشهود بكتمانه، وإن كثروا، فإن قيل لهم: اكتموه يومين، أو ثلاثة أو اكتموه في منزل الذي نكح، وأظهروه في غيره، أو أظهروه في منزله[٦] واكتموه في غيره، أو اكتموه من امرأة له أخرى - فهو نكاح سر. وقيل: هو ما عقد بغير

(١) انظر: الحديث السابق.

(٢) قوله: (فهو) ساقط من (ب).

(٣) أخرجه مسلم: ٢/ ١٠٥٤، من كتاب النكاح، في باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة، برقم (١٤٣١).

(٤) قوله: (منه) زيادة من (ب).

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط: ٧/ ٦٨، برقم (٦٨٧٤)، ولفظه: (عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن نكاح السر).

(٦) في (ب): (غير منزله).

بينة، أو شهادة[١] امرأة أو رجل وامرأة.

قال يحيى بن يحيى في "كتاب ابن مزين": لا يكون السر إلا في مثل هذا، وهو الذي وقع في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه[٢] قال: فأما إذا شهد فيه رجلان عدلان فهو حلال وإن استكتم الشهود؛ لأنه إذا علمه عدلان فصاعداً - لم يسر، وإن أمر الشهود بالكتمان بعد / العقد فهو صحيح، ويؤمروا ألا يكتموه.

(ب) ١٨٣/ب

واختلف بعد القول بمنع ما عقد بشاهدين على الإسرار إذا نزل[٣]. فقال ابن الجلاب: يعلن في ثاني حال ولا يفسخ[٤]. وقال ابن حبيب: يفسخ بطلقة، إلا أن يتطاول فلا يفسخ، قال: وهو قول مالك وأصحابه. وقال مالك في "المبسوط": يفرق بينهما بطلقة، ولها صداقها إن كان أصابها، ففسخه بعد الدخول.

وأرى أن يمضي بالعقد، ومحمل الحديث على الندب، كالأمر بالوليمة والضرب[٥] بالدف، فإنما لم[٦] يفسد إذا أخل بهذين؛ فكذلك لا يفسد إذا أخل بهذا، والاتفاق على أنه إذا عقد بشاهدين ولم يأمر[٧] بالكتمان؛ أنه جائز مع كونه خارجاً عن الإعلان المندوب إليه، ومفهوم الحديث: «**أَعْلِنُوهُ وَاجْعَلُوهُ فِي المَسَاجِدِ**»[٨] ألا يقتصر على شاهدين، وهو بعد ذلك صحيح بغير خلاف.

---

(١) قوله: (شهادة) ساقط من (ب).

(٢) سبق تخريجه، ص: ١٨٥٧.

(٣) قوله: (إذا نزل) ساقط من (ب).

(٤) انظر: التفريع: ١/ ٣٧٠.

(٥) قوله: (الضرب) ساقط من (ب).

(٦) في (ب): (فلم لا).

(٧) في (ت): (يؤمروا).

(٨) سبق تخريجه، ص: ١٨٦٣.









باب
الشروط في النكاح وما يكره منها

الشروط في النكاح على أربعة أوجه: جائز، ومكروه، وفاسد، ومختلف فيه.

فالأول: أن تشترط ألا يضر بها في نفسها ولا في نفقة، ولا كسوة، ولا عشرة، فكل ذلك جائز وداخل في قوله عز وجل: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]، وقوله: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

والثاني: أن تشترط[1] أن يسقط ما تقتضيه له حقوق الزوجية: أن لا يخرجها من بلدها[2]، ولا يتزوج عليها، ولا يَتَسَرَّى، ولا يذكر في ذلك عتقاً ولا طلاقاً - فهذا مكروه؛ لأن فيه ضرباً من التحجير عليه، فإن نزل ذلك - جاز النكاح.

اختلف في الوفاء بالشرط؛ فقال مالك: الشرط باطل؛ وله أن يخرجها، ويتزوج ويتسرى عليها. ويستحب أن يفي بذلك من غير شرط. وقال ابن شهاب في كتاب محمد[3] ذلك واجب، وإن لم يكن فيه عهد[4]، قال: وكان من أدركته من العلماء يقضون بذلك، ويوجبون كل شرط كان عند النكاح لم يحرم، ويقضون به. وهو أحسن؛ لقول النبي ﷺ: «**إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوَفَّى بِهَا مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ**» أخرجه البخاري ومسلم[5].

---

(١) قوله: (أن تشترط) ساقط من (ت).

(٢) في (ب): (أن لا يخرج من دارها)

(٣) قوله: (محمد) ساقط من (ب).

(٤) في (ت): (عقد).

(٥) متفق عليه، البخاري: ٢/ ١٠٣٥، في باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، من كتاب الشروط: ٢/ ٩٧٠، برقم (٢٥٧٢)، ومسلم، في باب الوفاء بالشروط في النكاح من كتاب

والثالث: أن تشترط طلاقاً أو عتقاً، أو تمليكاً فتقول: إن تزوجت عليَّ أو تسررت عليَّ فأنا طالق، أو تلك طالق، أو السرية عتيقة، أو أمري بيدي، أو أمر التي تتزوج، أو تتسرى[1] عتقها بيدي؛ فهذا شرط لازم، فيقع الطلاق، والعتق، ويلزم التمليك، وهذا في كل شرط علق به الطلاق أو التمليك، وكان ذلك الشرط بيد الزوج: إن شاء فعل وإن شاء ترك.

واختلف في جواز ذلك الشرط ابتداءً فقال مالك في هذا الأصل: لا يحل الشرط ابتداء، فإن وقع جاز النكاح ولزم الشرط، وقال ابن القاسم في" كتاب محمد" فيمن تزوج امرأة على أنه إن ضَرَبَهَا، أو شرب خمراً، أو غاب عنها - فأمرها بيدها؛ فذلك يكره أن يعقد عليه، فإن وقع الدخول رأيته جائزاً. وأجازه سحنون ابتداءً وزوَّج غلامه أمته على ألا يسرق زيتونة فإن فعل فأمر امرأته بيده. قال عبد الملك: وكذلك إن شرط إن أبق فأمر زوجته بيده، فذلك لازم. قال: وكل ما وقع به التمليك أبداً من شيء فِعْلُهُ بيد الزوج إن شاء فعله[2] وإن شاء لم يفعله، فذلك ثابت.

والرابع: أن يكون الشرط لا سبب للزوج فيه، مثل أن يقول السيد: إن بعتك أو بعتها فذلك فاسد.

واختلف إذا نزل فقال عبد الملك: يمضي النكاح؛ دخل أو لم يدخل، والشرط والتمليك ساقط. وقال محمد: كل ما كان فعله بغير يد الزوج فهو كالمتعة؛ يفسخ قبل وبعد. وروى علي بن زياد عن مالك في مثل هذا: أن النكاح =

النكاح، برقم (١٤١٨).

(١) قوله: (تتسرى) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (إن شاء فعله) زيادة من (ب).

ماضٍ والشرط لازم، فإن أسقطه مشترطه، وإلا فرق بينهما قبل وبعد.

والخامس: أن يكون سببه من الزوج، وتشترط الزوجة أنها مصدقة إن فعل ذلك، فقال مالك في "كتاب محمد": فيمن زوَّج أجيره جاريته على أنه إن رأى منه أمراً يكرهه، فأمرها بيدها. قال: فلا يحل أن ينكح عليه، فإن وقع النكاح رأيته جائزاً. قال محمد: ولا أفسخه، وهو مثل التي تشترط إن هو ضربها أو شرب خمراً، أو غاب عنها، فأمرها بيدها؛ فذلك يكره أن يعقد، فإن دخل رأيته جائزاً، قال: وإن شرطت إن جاءت وبها آثار ضرب، فادعت أنه منه[1]، فهي مصدقة، وأمرها بيد سيدها، فإن جاءت وبها آثار ذلك، فزعمت أنه فعله بها. قال مالك: الطلاق لازم، ولا قول له إن زعم أنها كاذبة[2].

قال الشيخ رحمه الله: السؤالان مفترقان؛ لأنها إن شرطت إن ضربها كان الأمر بيدها، ولا تصدق عليه، وإن شرطت أنها مصدقة كان قد دخل على غرر في بقاء العصمة، فقد تكرهه فتدَّعِي عليه ما لم يفعله، إلا أنه إن فات بالدخول صدقت؛ لأنه جعل ذلك إليها فلا يسقط قولها بالشك، ولا ترد في العصمة بالشك إن اختارت الطلاق.

والسادس: أن يتزوجها على ألا يأتيها إلا نهاراً، أو على أن يؤثرها على غيرها، أو على ألا يعطيها الولد، أو لا نفقة لها أو لا ميراث بينهما، أو على أن أمرها بيدها. فهذه شروط لا يصح الوفاء بها.

واختلف في النكاح، فقيل: يفسخ قبل وبعد. وقيل: يفسخ قبل ويثبت بعد، ويمضي على سنة النكاح، ويسقط الشرط. وقال علي بن زياد عن

---

(١) قوله: (منه) يقابله في (ب): (فعله بها).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ١٨٠، ١٨١.

مالك[١]: إن تزوجت على ألا ميراث لها[٢]، أو لا[٣] يعطيها الولد، أو على أن أمرها بيدها، فعلم بذلك قبل الدخول أو بعده -قيل للمرأة: أمرك بيدك الآن. فإن اختارت فراقه كان ذلك لها، وإن لم تختر فلا شيء لها، ويقيمان على نكاحهما.

وإن مسها بعد أن جعل الأمر إليها فلا خيار لها، وهذا هو أحد الأقوال في الشروط الفاسدة أن مشترطها بالخيار بين أن يسقطها فيمضي البيع[٤]، أو يتمسك به فيفسخ.

فصل

[فيمن اشترط العتق أو الطلاق في زواج ابنه]

(ب) ١٨٤/أ

وقال ابن وهب في "العتبية" في/ رجل زوَّج ابنه صغيراً بشروط فيها عتق، أو طلاق: ذلك لازم للابن وإن كبر؛ دخل أو لم يدخل[٥].

وفي كتاب "محمد": لا تلزمه تلك الشروط إلا أن يلزمها نفسه بعد البلوغ. وإن علم قبل أن يدخل ثم دخل على ذلك[٦] لزمته. وإن بنى قبل أن يعلم لم تلزمه. قال ابن القاسم: وإن لم يرضَ قبل البناء فطلق كان عليه نصف الصداق. وقال أصبغ: لا شيء عليه، ولا على ابنه إذا لم يدخل. ولو كان يوم زوَّجه لا مال له.

---

(١) قوله: (عن مالك) ساقط من (ت).

(٢) في (ب): (بينهما).

(٣) في (ب): (ولا).

(٤) في (ب): (النكاح).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٢٤.

(٦) قوله: (على ذلك) زيادة من (ب).



ويختلف بعد القول "أن له أن يرد، ولا شيء عليه، فطلق قبل أن يعلم" فقيل: لا شيء عليه؛ لأنه كان بالخيار بين أن يرد ولا شيء عليه، وقال محمد: يلزمه نصف الصداق ولا شيء عليه[1]. والأول أحسن.

وقد اختلف في هذا الأصل فيمن علم عيباً يوجب الرد بعد الطلاق فلم يرد حتى طلق، وكذلك من اشترى سلعة ثم باعها من بائعها بأقل من الثمن، أن له أن يرجع عليه بتمام الثمن. قال: لأنه يقول: كان لي أن أردها عليك، وها هي في يدك، فكذلك هذا إذا كبر كان له أن يرد نفسها عليها. وقول محمد في أول السؤال: ألا تلزم الصبي تلك الشروط بعد البلوغ- أحسن؛ لأنه يشترط الآن ما يوجب الفراق بعد رشده، وبعد أن يصير ذلك بيد الزوج.

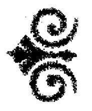
---

(١) قوله: (نصف الصداق ولا شيء عليه) يقابله في (ب): (نصف المهر). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٩.

باب



في نكاح الخَصي، وكم يتزوج العبد، وذكر ما يتفق فيه أحكام الحُرِّ والعبد ويختلف، وفي دخول العبد والخصي على النساء



قال ابن القاسم: نكاح الخصي جائز[1]. وقد تقدم في أول "الكتاب" ذكر ذلك، وما يكون منه مباحاً ومندوباً إليه. وقال مالك: للعبد أن يتزوج أربع نسوة[2]. وروى عنه ابن وهب في "كتاب محمد": ألا يتزوج إلا اثنتين على النصف من الحُرِّ[3]. قياساً على الحد.

والعبد في أحكامه من الحُرِّ على أربعة أوجه: على النصف، وعلى المساواة، ومختلف فيه، هل هو على النصف أو المساواة؟ ومخالف للحر يجب على الحر، ولا يجب على العبد، فالأول حد الزنا: هو فيه على النصف؛ لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَـٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَـٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]. والآية وإن كانت في الإماء، فلا خلاف أن العبد مساوٍ لهن في ذلك. وقاس مالك على الحدِّ الطلاقَ والعدةَ، فجعل طلاق العبد، وعدة الأمة على النصف، فأتم الطلاق اثنتين، والعدة طهرين، لما كانت الطلقة والطهر لا يتبعضان.

واختلف في عدد من يتزوج العبد وقد تقدم، وفي الأجل إذا آلى أو اعترض عن زوجته أو فقد، وفي عدد[4] حده إذا قذف حرّاً: فحمله مالك في

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٢.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٨.

(٤) قوله: (عدد) ساقط من (ت).

جميع ذلك على النصف؛ أجلُه شهران، وإن اعترض ستة أشهر، وإن فقد سنتين، وإن قَذَفَ حرّاً حُدَّ أربعين، وقيل: هو في ذلك كالحر؛ أجل إيلائه أربعة أشهر وفي العنة سنة وفي الفقد أربع سنين ويحد في القذف ثمانين وهو أحسن، وليس هذا مما يرد فيه العبد إلى النصف فأما الإيلاء فإن الأربعة الأشهر مدة لا[1] يشق فيها الصبر على الزوجة ولا يختلف حالها في ذلك إذا كان الزوج حراً أو عبداً وكان من حقه ألا يطلق عليه قبل الوقت الذي يلحقها الضرر فيه وقيل السنة في العنة ليتعالج بالفصول الأربعة لإمكان أن يكون أحد الفصول أوفق له في العلاج والعبد والحر فيما يحتاج إليه من ذلك سواء وأربع سنين في الفقد[2] لأنها مدة يبلى فيها عذر الزوج فكان من حقه إذا كان عبداً ألا يقصر به عن ذلك ويحد إذا قذف ثمانين؛ لأن ذلك من حق المقذوف الحر حماية وأدباً له، وليس كذلك إذا كان المقذوف عبداً والحد مَبنِيٌّ على حرمة المقذوف، وليس على حرمة القاذف، فإذا كان حكم الحر إذا قذف أن يُحَد ثمانين -لم ينقص العبد من ذلك إذا تجرأ على حر، وانتهك حرمته. وذكر قائل هذه الأقوال في مواضعها في "كتاب الإيلاء" وغيره. وهو في الصلوات الخمس والصوم كالحر، وفي الزكاة والحج بخلاف ذلك، ساقط عنه بخلاف الحر.

واختلف في وجوب الجمعة عليه وقد مضى ذلك في "الصلاة الثاني".

وهو في يمينه كالحر في انعقاد اليمين، وفي وجوب الصوم ثلاثة أيام لا ينقص منها شيء[3]. وتسقط عنه الكسوة والإطعام؛ لأنه فقير، والعتق مثل ذلك،

---

(١) قوله: (لا) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (العقد).

(٣) قوله: (شيء) ساقط من (ب).

ولأن الولاء ليس له، وإن أذن له السيد في العتق. ومن أذن لعبده في النكاح كان الصداق على العبد.

واختلف إذا زوّجه السيد. فقال ابن القاسم: الصداق على العبد، وقال ربيعة: على السيد بمنزلة الأب يزوج ولده الصغير.

فصل

[في أحوال المكاتب والخصيّ]

وقال مالك: في المكاتب: لا بأس أن يرى شعر رأس[1] سيدته إن كان وغداً، وكذلك العبد، وإن كان لها فيه شرك لم يرَ شعرها وإن كان وغداً[2]. وقال محمد بن عبد الحكم: لا يرى شعر سيدته وإن كان وغداً، ولا يخلو معها في بيت.

واختلف في عَبدِ زَوجِهَا وعبد الأجنبي هل يدخل عليها ويرى شعرها؟ واختلف أيضاً في العبد الخصي. قال مالك: لا بأس أن يرى الخصي الوغد شعر سيدته وغيرها، وإن كانت له منظرة فلا أحبه، وأما الحر فلا، وإن كان وغداً[3].

وقال مالك في "العتبية": لا بأس أن يدخل على المرأة خَصِيُّها، وأرجو أن يكون خصي زوجها خفيفاً، وأكره[4] خصيان غيره[5]. وقال أيضاً: لا بأس

(١) قوله: (رأس) ساقط من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٢٢، ٦٢٣، والبيان والتحصيل: ١٨/ ٤٠٢.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٢٢، ٦٢٣.

(٤) في (ب): (وكره).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٠٥.

بالخصي والعبد أن يدخل على النساء، ويرى شعورهن إن لم تكن له منظرة، فأما الحر فلا.(١) فجعل الخصي في القول الأول كغيره ممن لم يخص فمنعه إلا أن يكون مِلكاً لها ولا منظرة له، وأباحه في القول الأول(٢) إذا كان لزوجها وإن لم يكن وغداً، ثم أجازه وإن كان لأجنبي. وأجاز دخول الخصي عليهن وإن كان حرّاً. والأصل في دخول عبد المرأة عليها قول الله عز وجل: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] ثم قال: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١]، وفي دخول عبد الزوج قوله سبحانه: ﴿لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَـٰثَ مَرَّٰتٍ...﴾ الآية [النور: ٥٨]/ : فتضمنت كون ملك اليمن ذكراناً لقوله سبحانه: ﴿ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ﴾ [النور: ٥٨]، ولو كنَّ إماءً لقال: اللاتي ملكت أيمانكم(٣)، وكونه ملكاً للأزواج لقوله: ﴿أَيْمَـٰنُكُمْ﴾، وهذا خطاب للمذكر، وهم الأزواج، ويصح دخول ملك الزوجة، وقد قيل في قوله عز وجل: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ﴾ أن ذلك في الإماء ليس في الذكران، ذكره ابن سلام في "كتاب التفسير". والأول أحسن للآية الأخرى في قوله: ﴿ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ﴾. وقد كان يدخل على عائشة ﵁ المكاتب حتى يقضي كتابته، ولو كان دخول العبد ممنوعاً؛ ما أجازت ذلك، وهي أعلم بذلك.

(ب) ١٨٤/ب

وأما تفرقة مالك بين الوغد وغيره فحماية، وأما قول ابن عبد الحكم فيحتمل أن يكون حمل الآية على الإماء، أو لأن الحال عنده فسد؛ فنقل الحكم. والصواب اليوم المنع فيمن لا زوج لها، وإن كان لها زوج فلا بأس في حين

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٢٢، ٦٢٣.

(٢) في (ب): (الآخر).

(٣) قوله: (اللاتي ملكت أيمانكم) يقابله في (ب): (اللائي).

حضوره، ويمنع عبد الأجنبي جملة؛ لأنه لا فرق فيما يخشى منه بين الحر والعبد وإنما أبيح عبدها وعبد زوجها؛ لأن الضرورة تدعو إلى تصرفه عليهم ودخوله إليهم.

وأما الخصي فإن كان يريد الذاهب الخصيين فهو بمنزلة السالم، وأما الممسوح فهو داخل في عموم[1] قوله عز وجل: ﴿غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ﴾ [النور: ٣١]. فقد قيل: هو الخصي، والخنثى، والشيخ الهَرِم. وفي الصحيحين: أن مخنثاً كان يدخل على أزواج النبي ﷺ فقال لعبد الله بن أبي أمية: يَا عَبْدَ الله إِنْ فَتَحَ اللهُ الطَّائِفَ عَلَيْكُمْ غداً، فَأَنَا أَدُلُّكَ عَلَى ابْنَةِ غَيْلَانَ، فَإِنَّهَا تُقْبِلُ بِأَرْبَعٍ وَتُدْبِرُ بِثَمَانٍ. فقال النبي ﷺ حين سمع ذلك: «**لا يَدْخُلْ هَؤُلَاءِ عَلَيْكُنَّ**»[2]. فلم ينكر دخوله قبل أن يسمع ذلك منه، وإن كان حرّاً.

ومحمل النهي بعدما سمع منه على الكراهية؛ لأنه لم يسمع منه ما يدل على أنه أراد ذلك لنفسه، وإنما كُره دخوله بالكلام في مثل ذلك.

وكرهه مالك إذا كان حرّاً لما لم يكن ضرورة تدعو إلى ذلك وليس بالبيِّن؛ لأنه أباح الخصي وإن لم يكن لها، وليس مما تدعوها إليه ضرورة، ودخول الخصي الحر أخف من دخول العبد الفحل.

---

(١) قوله: (عموم) ساقط من (ت).

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٠٦، في باب ما ينهى من دخول المتشبهين بالنساء على المرأة، من كتاب النكاح برقم (٤٩٣٧)، ومسلم: ٤/ ١٧١٥، كتاب السلام، باب منع المخنث من الدخول على النساء الأجانب، برقم (٢١٨٠) ومالك في الموطأ: ٢/ ٧٦٧، في باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، من كتاب الوصية، برقم (١٤٥٧).



باب
في نكاح الأَمَة وما يمنع منه



نكاح الأمة المسلمة جائز ومختلف فيه، والجائز على ثلاثة أوجه:

أحدها: نكاح الحُرِّ كل أمة يكون ولدها من ذلك النكاح حُرّاً، مثل نكاح أمة الأب أو الأم أو الأجداد والجدات كانوا من قبل الأب أو الأم.

وأجاز عبد الله بن عبد الحكم أن يتزوج الأب أمة الابن. فعلى قوله يجوز نكاحها على الإطلاق ومن غير شرط؛ لأن الولد معتق على أبيه[1]، ويجوز نكاح الجد أمة ابن الابن من غير شرط، وكل هذا إذا كان المالك لها حرّاً. وإن كان أحد ممن ذكر عبداً، أو المتزوج حرّاً -لم يجز؛ لأن ولده عبد للسيد الأعلى.

والثاني: نكاح من لا يخشى منه حمل، كالحصور والخصي والمجبوب والشيخ الفاني.

والثالث: نكاح العبد؛ فهو جائز على الإطلاق، وإن لم يخشَ عنتاً.

واختلف عن مالك، وابن القاسم في نكاح الحُرِّ الأمة؛ يكون ولده منها رقيقاً، فمنع ذلك مرة، إلا بوجود شرطين: عدم الطول لحرة، وخشيان العنت[2] إن لم يتزوج[3] لقول الله عز وجل: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ..﴾ الآية[4]. وأجازه مرة من غير شرط لقوله سبحانه: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ

---

(١) في (ب): (أخيه).

(٢) في (ت): (العنة).

(٣) قوله: (إن لم يتزوج) ساقط من (ب).

(٤) انظر: الإشراف: ٢/ ٧٠٥، وعيون المجالس: ٣/ ١٠٩٥.

﴿مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[(١)]. وأكثر قول مالك المنع[(٢)]. وابن القاسم الإجازة[(٣)]. والأول أحسن؛ لأن إباحة[(٤)] نكاح الأَمَة ورد على شرطين فلا يجوز مع عدمهما، وأيضاً فإن المفهوم من القرآن أن[(٥)] المَنَاكِحَ ليست على الإباحة في الجملة؛ لأن الله سبحانه جعل للمشركة حكماً، وللنصرانية الحرة حكماً، وللأمة حكماً وشرط في الأمة ما تقدم؛ فعلم أنها إنما تتأول[(٦)] على الوجه الذي أباحه، والنظر يوجب -لو لم يرد النص-[(٧)] ألا يتزوج الأَمَة إلا عند الضرورة؛ لأن نكاحها يتضمن وجهين: إرقاق الولد، وعدم حفظ النسب؛ لأن الرجل يتزوج الأمة، وتبقى عند سيدها، وقد يكون غير مأمون. وقد عَهِدَتْ ذلك منه، فلا يدري الزوج ما يلحق به النسب مما[(٨)] علم من قلة صيانتهن.

وأما آية النور فإن محملها على الندب للسيد أن يزوج عبده الصالح وأمته الصالحة؛ لأن كل واحد منهما لا يقدر على شيء وقد جبلا[(٩)] من ذلك على ما

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٩٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٩، قال: «ومن كتاب ابن المواز قال محمد: وأكثر قول مالك أن الحر لا يتزوج الأمة حتى يخشى العنت ولا يجد طولاً».

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢١، قال: «ومن العتبية روى ابن القاسم عن مالك أنه أجاز للحر نكاح الأمة وهو يجد طولاً إلى حرة فليتزوج أمة؛ فإن لم تكفه ولم يجد فليتزوج أخرى، هكذا إلى أربع».

(٤) قوله: (إباحة) ساقط من (ب).

(٥) قوله: (أن) ساقط من (ب).

(٦) في (ب): (تتناول).

(٧) قوله: (والنظر يوجب -لو لم يرد النص-) يقابله في (ت): (النظر فوجب لورود النص).

(٨) في (ب): (مع).

(٩) في (ب): (حمل).

جبل[١] عليه الأحرار، فتزويجهم معونة على صلاحهم. وأما من يتزوج هذه الأَمَة وهذا العبد فشيء آخر خارج عن المقصود بالآية، فلم تتضمن الآية أن يتزوجها حرٌّ، كما لم تتضمن أن يتزوج العبد حرة.

واختلف بعد القول بالمنع في أربع مسائل:

أحدها: إذا وجد طولاً لما[٢] يتزوج به حرة دون النفقة عليها.

والثانية: إذا خشي العنت[٣] في أمة بعينها.

والثالثة: إذا كانت تحته حرة هل يكون كالطول يمنع من تزويج أَمَة؟

والرابعة: إذا تزوج أَمَة بوجه جائز، ثم وجد طولاً، أو تزوج[٤] حرة، هل يفارق الأَمَة؟ فقال مالك في "كتاب محمد[٥] ": إن وجد صداقاً لحرة، ولم يقدر على نفقتها؛ لم يتزوج أمة. وقال أصبغ في"كتاب ابن حبيب": يتزوجها؛ لأن نفقتها على أهلها إذا لم يضمها إليه[٦]. وهو أبين؛ لأن القدرة على الصداق دون النفقة لا تفيده؛ لأن من حق الزوجة الحرة أن تقوم بالطلاق إذا لم تعلم أنه عاجز عن النفقة، إلا أن يجد من تتزوجه بعد علمها بذلك فيمنع من نكاح الأمة؛ لأنه لا قيام للحرة، إذا دخلت على علم بذلك، ومنعه في "كتاب محمد" إذا خشي العنت[٧] في أمة بعينها، وأجازه في"كتاب ابن حبيب".

---

(١) في (ب): (حمل).

(٢) قوله: (لما) ساقط من (ب).

(٣) في (ت): (العنة).

(٤) في (ب): (يزوج).

(٥) في (ت): (ابن حبيب).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٩.

(٧) في (ت): (العنة).

وأرى إن كان خلواً من النساء أن يتزوج حرة، فقد يذهب التزويج ما في نفسه. وقد روي عن النبي/ ﷺ أنه قال: «**الْمَرْأَةُ تُقْبِلُ فِي صُورَةِ شَيْطَانٍ، وَتُدْبِرُ فِي صُورَةِ شَيْطَانٍ، فَإِذَا أَبْصَرَ أَحَدُكُمْ امْرَأَةً فَأَعْجَبَتْهُ، فَلْيَأْتِ أَهْلَهُ فَإِنَّ ذَلْكَ يَرُدُّ مَا فِي نَفْسِهِ**» أخرجه مسلم[1]. فإن لم يذهبه إلا التزويج تزوَّجها. وإن علقها وهو ذو زوجة، فإن علم من نفسه أن الزوجة لم تَكْفِهِ أُمِرَ بتزويج أخرى، وإن كانت غير كافية له تزوجها.

(ب) ١٨٥/أ

واختلف قول مالك في الحرة[2] تكون عند رجل هل تكون طَولاً يمنعه من تزويج الأَمَة وإن خشي العنت؟ فلم يره في "المدونة" طولاً، وأجاز له أن يتزوج الأمة[3]، وقال في "كتاب محمد": لا يتزوجها، وهو الظاهر من القرآن أنه منع تزويج الأَمَة مع القدرة على الحرة، فإذا تقدمت القدرة عليها، وكان تزوجها -منع من الأمة[4].

والإجازة أبين؛ لأن الوجه في الإباحة أن يخشى العنت[5]، فلا فرق بين الأولى، والثانية إذا وجدت العلة التي لأجلها كانت الإباحة.

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب ندب من رأى امرأة فوقعت في نفسه إلى أن يأتي امرأته أو جاريته فيواقعها: ٢/ ١٠٢١، برقم (١٤٠٣).

(٢) في (ب): (المرأة).

(٣) انظر: المدونة: ٣/ ٣٢٤

(٤) انظر: النوادر والزيادت: ٤/ ٥١٨.

(٥) في (ت): (العنة).



فصل

[فيمن عدم الطَّول وخشي العنت]

ومن تزوج أَمَة لأنه عَدِم الطَّوْلَ وخشي العنت[١]، ثم ذهب عنه بعد الدخول ما كان يخشاه -لم يؤمر بفراق تلك الأمة، لوجهين:

أحدهما: أنه لم يذهب حقيقة؛ لأن ذلك يعاوده إذا عاد إلى العزبة.

والآخر: أن ذلك يؤدي إلى حرج؛ يؤمر الآن بالفراق، وعن قليل يخشى العنت فيتزوج؟! فإذا ابتنى وذهب عنه ذلك -أمر بالفراق فلا يكلف ذلك.

واختلف إذا وجد طولاً للحرة، هل يفارق الأَمَة التي تحته؟ على ثلاثة أقوال:

فقال مالك: يجوز له البقاء عليها، وسواء تزوج حرة أم لا[٢].

وقال ابن حبيب: يجوز له البقاء، وإن أفاد طولاً، إلا أن يتزوج حرة فتحرم عليه الأمة التي تحته، وذكره عن عمر وابن عباس[٣].

وقال ابن القاسم في "كتاب محمد": لو كان يفرق بين الرجل وبين الأمة إذا تزوجها على الحرة؛ لانْبَغَى أن يفرق بينه وبين الأمة تكون تحته ثم يتزوج عليها الحرة قال: والحجة فيهما سواء.

يريد: أن نكاح الأَمَة جائز من غير شرط، وأنه لو كان الأمر على ما في سورة النساء لوجب أن يفارق الأمة إذا تزوج عليها حرة؛ لأن الضرورة

---

(١) في (ت): (العنة).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٠.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٠.

ارتفعت بتزويج الحرة، والتمادي على الأمة كالابتداء، وهذا مثل قول ابن حبيب إلا أنه أجاب على أحد قوليه أنه يجوز تزويج الأمة من غير شرط، وعلى قوله أن ذلك ممنوع إلا أن يخشى العنت، ولا يجد طَولاً: يفارق الأولى إذا تزوج حرة، كما قال ابن حبيب؛ لأنه يسلم أن القياس فيهما سواء.

وقال مسروق والمزني: إذا وجد طَوْلاً انفسخ نكاح الأمة وإن لم يتزوج الحرة؛ لأن علة المنع عندهما إرقاق الولد، فإذا زالت الضرورة المبيحة منع من التمادي؛ لئلا يرق ولده.

وما أظن من ذهب إلى جواز البقاء إلا للاختلاف في الأصل أن ذلك يجوز اختياراً، فعلى قول عبد الملك لا يصح أن يجتمع في عصمة الرجل حرة وأمة؛ لأن الحرة طول؛ تقدمت أو تأخرت؛ وعلى أحد قولي مالك يصح اجتماعهما إن تقدمت الأمة، ولا يصح إن تأخرت، وعلى القول الآخر يصح تقدم نكاحها أو تأخر.

فصل

[في العبد يتزوج أمة على حرة عنده]

واختُلف إذا كانت تحته أَمَة بوجه جائز لا يتعلق به حق الله سبحانه، هل يتعلق به حق للحرة إن تقدم نكاح الحرة، أو تأخر ولم تعلم أن تحته أَمَة للمعرة التي تلحقها في كون ضرتها أمة؟ فإن تزوج عليها الأمة كان لها مقال في دفع المضرة[1].

واختلف قوله هل لها الخيار في طلاق نفسها أو في طلاق الأمة؟ وأرى ألا خيار لها في طلاق[2] نفسها ولا في الأمة، وإنما تخير هل ترضى بمقام الأمة

(١) في (ب): (الضرة).

(٢) قوله: (طلاق) ساقط من (ب).

معها؟ وإن لم ترضَ كان الخيار إلى الزوج، يطلق أيهما أحب. واستحسن إذا كان يؤثر الأمة وأراد أن يطلق الحرة، أن يعلمها بذلك، فقد تختار البقاء إذا علمت أنه يؤثر الأمة ويطلقها.

واختُلف عنه إذا نكح الحرة على الأمة. فقال: لا خيار للحرة، ثم رجع إلى أن لها الخيار[(١)]. وقيل: إنما لم يثبت لها خيار؛ لأنها فرطت، إذا لم يكشف هل تحته أمة[(٢)]. وليس هذا التعليل بالبين؛ لأن تزويج الحر الأمة نادر، والنادر لا حكم له. ويحتمل أن يكون قوله ذلك لاختلاف من تقدم. وقد قال: لولا ما قالته العلماء قبلي[(٣)]. يريد: سعيد بن المسيب وغيره، لرأيته حلالاً[(٤)]. يريد: ألا مقال للحرة في ذلك. فقال ابن القاسم: وإن كانت تحته أمتان علمت بواحدة؛ كان لها الخيار في التي لم تعلم بها[(٥)].

واختُلف في العبد يتزوج أمة على حرة عنده، فقال في "المدونة": لا خيار لها؛ لأن الإماء من نسائه[(٦)]. وقال ابن الماجشون في "كتاب ابن حبيب": لها الخيار[(٧)].

والأول أحسن، والمعرة في كون الزوج عبداً أشد[(٨)] من المعرة في كون ضرتها أَمَة.

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٣٢٤

(٢) انظر المسألة في التفريع، لابن الجلاب: ١/ ٣٩٢، والمعونة للقاضي عبد الوهاب: ١/ ٥٣٥.

(٣) في (ب): (قيل).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٣٢٤.

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٣٢٤، والتفريع لابن الجلاب: ١/ ٣٩٣، والبيان والتحصيل: ٦/ ٤٠١.

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٨، والنوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٢.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٢.

(٨) في (ت): (أستر).





باب
في الأَمَة والمدبَّرة والمكاتَبة وأم الولد والمعتقة إلى أجل يأذن لها السيد في التزويج فتتزوج وتظهر أنها حرة بعد ذلك(١)

وإذا غَرَّتِ الأَمَة من نفسها وتزوجت على أنها حرة، وكان السيد أذن لها في النكاح، فإن علم الزوج أنها أَمَة قبل الدخول -كان الزوج بالخيار بين أن يتمسك على المسمى، أو يرد ولا شيء عليه. وإن لم يعلم حتى دخل فقال ابن القاسم: الزوج بالخيار إن شاء ثبت على نكاحه ولها المسمى، أو يفارق ولها صداق المثل(٢). يريد: إذا كان المثل أقل من المسمى.

واختلف إذا أراد الزوج(٣) الردَّ وكان صداق المثل أقل من المسمى، فقال ابن القاسم: لها صداق المثل(٤). وقال محمد في كتاب الغَصْب: قد قيل إنه له أن يأخذ كل ما أصدقها، إلا ربع دينار(٥).

والثاني: (٦) إذا كان صداق(٧) المثل أكثر من المسمى، فقال ابن القاسم: يكمل لها صداق المثل. وقال أشهب في "كتاب محمد": ليس لها سوى المسمى كما لو زنى بها طائعة. ولابن القاسم في "العتبية" مثله. وعلى القول الآخر؛

---

(١) قوله: (بعد ذلك) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٨.

(٣) قوله: (الزوج) ساقط من (ت).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٨.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٣.

(٦) قوله: (الثاني) ساقط من (ب).

(٧) قوله: (صداق) ساقط من (ت).

يكون لها ربع دينار[١].

(ب) ١٨٥/ب

وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن بيعها تلك المنافع/ كبيعها لخدمتها. فإن حابت كان للسيد أن يرد محاباتها في الخدمة وفي النكاح، ويتم لها صداق المثل، وليس كزناها؛ لأنه لو اغتصبها رجل لم يكن لها صداق المثل. وكذلك إذا زنت، فإصابته على وجه النكاح، مفارق للزنا وإنما في ذلك ما نقصها؛ فإن لم ينقصها فلا شيء عليه.

ولو كان الزنا والنكاح سواء؛ لكان السيد بالخيار بين أن يأخذ ما نقصها الوطء أو صداق المثل، بمنزلة إذا وهبت خدمتها فنقصت لذلك، كان للسيد أن يأخذ إجارة المثل أو ما نقصتها الخدمة، فثمن المنافع إجارة المثل، وصداق المثل. وأما من قال لها ربع دينار فرأى أن غررها جناية منها، وإذا كان فيه إذن من المجني عليه -وضع عنه الصداق.

وفي كتاب محمد مثل ذلك في العبد يدفع إليه شيء ليصنعه فيتعدى عليه، فجعله جناية في رقبته.

وأرى إذا دخل الزوج، ورضي بألا يرد -أن يحط عن الزوج ما زاد في الصداق؛ لمكان الحرية.

فصل

[في جامع القول في ولد المغرور بالشراء أو بالنكاح، وكيف إن شرط حرية ولده في أمة تزوجها فاستحقت]

وقال ابن القاسم: إن غرت أمةُ الابنِ الأبَ، أو أمةُ الأبِ الابنَ؛ فتزوجته وولدت منه- كانت الأَمَة لسيدها، والولد عتيق على أخيه، إن كانت للابن،

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٣.

وعلى جده إن كانت للأب[١]. وقال سحنون: إذا كانت الأمة للأب كان على الابن صداق مثلها، كالأجنبي. وإن كانت للابن، كان عليه قيمة الأَمَة بمنزلة ما لو وطئها بملك اليمين[٢].

واختلف في أم الولد إذا تزوجت على أنها حرة وولدت، فقال مالك في المدونة: لسيدها قيمة الولد على الرجاء والخوف؛ لأنهم يُعْتَقون بموت سيد أمهم[٣]. يريد: أنه يُقَوَّمُ على أنه إن مات سيد الأم كان حرّاً لو كان يجوز البيع على هذه الصفة. وقال ابن الماجشون: يقوم[٤] قيمة عبد لا عتق فيه؛ بمنزلة أمة[٥] لو قتلت. وقال المغيرة: قيمته قيمة عبد[٦] يوم ولد[٧]. وقال مالك في "ثمانية أبي زيد": إن كان صغيراً لا خدمة[٨] فيه فلا شيء على الأب، وإن أطاق الخدمة غرم أجرته كل يوم، وكلما كبر زاد[٩] الأب أجرته، فإن فات[١٠] قبل أن يبلغ ذلك فلا شيء عليه، وإن استحق بعد أن صار رجلاً -كان عليه من الأجرة من يوم يستحق.

قال مطرف: وإن مرض -لم يكن عليه شيء حتى يصح، وإن صار ذا

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٠

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٣٩٨.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٠، والتفريع: ٢/ ٣١٢

(٤) في (ب): (يغرم).

(٥) في (ب): (أمه).

(٦) قوله: (قيمة عبد) ساقط من (ب).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٤.

(٨) في (ب): (حرفة).

(٩) في (ت): (ودى).

(١٠) في (ب): (مات).



صنعة من البنيان أو غيره -كان عليه الأجرة على أن لا عمل بيده.

ومذهب ربيعة ألا شيء على الأب؛ لأنه يقول فيمن زوج أم ولده فولدت من الزوج: فهو حر. وقاس ولدها على الأم: ألا يكون في الولد من الخدمة إلا مثل ما في أمه. وإذا كان ذلك وجب عتقه؛ لأن أم الولد إذا بطل منها الوطء أعتقت، ولم توقف لأجل ما للسيد فيها من الخدمة، فكذلك الولد إذا لم يكن فيه إلا ذلك القدر من الخدمة فإنه يعتق، أو لا يعتق؛ فيغرم ذلك القدر من الخدمة، وإن لم يستحق الأم حتى مات السيد -فلا شيء على الأب. وتتفق الأقوال إذا مات السيد إلا قول المغيرة أن القيمة يوم ولد؛ فلا تسقط بموت السيد، ولا بموت الولد، وإن غرت مدَبَّرة كانت للسيد؛ لأنها أصيبت على وجه التزويج، لا على وجه الملك، وله قيمة الولد.

واختلف في صفة القيمة فقال مالك: يقوم على الرجاء والخوف[1]؛ خوف الرق إن مات في حياة السيد، أو مات السيد وعليه دين يرقه، ورجاء العتق إن حمله الثلث. وقال محمد: قيمة عبد لا عتق فيه، كمن ابتاع مدبَّراً فأعتقه. وهذا مثل قول عبد الملك في ولد[2] أم الولد. وإن لم ينظر فيه حتى مات السيد، وحمل الثلث قيمته وقيمتها -فلا شيء على الأب. وإن كان عليه دين يرقهما -كانت القيمة عبداً لا عتق فيه.

وإن لم يخلف مالاً سواهما، ولا دين عليه -كان عليه قيمة ثلثيه، وسقطت قيمة الثلث. وإن كانت معتقة إلى أجل -كان عليه قيمتها[3] على رجاء العتق

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٣/ ١٥٥.

(٢) قوله: (ولد) ساقط من (ت).

(٣) في (ب): (قيمته).

إن حيي إلى انقضاء الأجل، وخوف الرق إن مات قبل انقضائه. وهذا على قوله في "المدونة"، وعلى قوله في "ثمانية أبي زيد": تقوم الخدمة وقال ابن الماجشون في الثمانية: تقوم قيمة عبد لا عتق فيه بمنزلة ما لو قتلت أمه.

واختلف في المكاتب[١]، فقال ابن القاسم: توقف قيمة الولد الآن، فإن أدت؛ رد المال إلى الأب، وإن عجزت كانت القيمة للسيد.

وقال محمد: لا معنى لوقف القيمة؛ بل تدخل قيمته[٢] في الكتابة ويتعجلها السيد، فإن وفت، أعتقت وولدها وإلا حسبت[٣] من آخر الكتابة.

وأرى إذا كان غرم الواطئ مترقباً يسقط إن أدت، ويثبت إن عجزت ألا يعجل بإغرامه بالشك، ولم يخرج ذلك من ذمته إذا كان مأموناً ولا يخاف غيبته أو أتى بحميل. وإن خيف ناحيته ولم يأت بحميل وكان السيد مأموناً غير مُلِد متى كان الحكم برجوع القيمة دفعت[٤] القيمة إليه. وإن خيف ناحيتهما وقفت، فإن أدت ردت القيمة إلى الأب. وإن خيف عجزها وكان في بعض القيمة وفاء بها في الكتابة؛ أخذ تمام الكتابة، وكان الفضل للأب. وإن لم يوفِّ[٥] بباقي الكتاب إلا جميع القيمة؛ أخذها السيد. وإن لم توف القيمة بباقي الكتابة؛ أخذها السيد، وكانت الأم رقيقاً. وهذا الجواب في الولد.

وأما الصداق فيرجع فيه إلى ما تقدم في الأمة. هل يكون[٦] لها صداق

(١) في (ب): (المكاتبة).

(٢) قوله: (بل تدخل قيمته) ساقط من (ت).

(٣) في (ب): (حبست).

(٤) في (ب): (دفع).

(٥) في (ب): (توف).

(٦) قوله: (هل يكون) يقابله في (ب): (فليكن).

المثل أو ربع دينار؟ وقال ابن القاسم، فيمن خطب امرأة فقال له رجل هي حرة وهو يعلم أنها أمة ثم استحقت: فإن لم يزوجها منه لم يكن عليه شيء، وإن زوَّجها منه، وزعم أنه وليها؛ غرم الصداق. وإن قال لست لها بولي؛ لم يكن عليه شيء. يريد: لأن الزوج دخل على أنه يفسخ النكاح[1]؛ لأن المزوج[2] غير ولي، وهذا إذا كان صداقها، لو علم أنها أمة مثل ما تزوجت به. وإن كان صداقها لو علم أقل غرم المزوج ما زاد صداقها، إذا كانت حرة، أو أمة، ولم يلزمه شيء إذا لم يزوجه/ ؛ لأنه غرور[3] بقول، وقد اختلف فيه، وإذا كان هو المزوج، كان قد باع سلعة، فاستحقت.

(ب) ١٨٦/أ

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (الزوج).

(٣) في (ب): (غرر).



باب
في عيوب النساء وما يرددن به

قال مالك: ترد المرأة من أربعة: من الجنون والجذام والبرص، وداء الفرج[(١)].

ويختلف في أربع: السواد والقرع والبخر والخشم، وهو نتن الأنف، فالظاهر من قول مالك ألا ترد بها[(٢)]. وقال ابن حبيب: ترد من السواد إذا كانت من أهل بيت لا سواد فيهم، وهو كالشرط، قال: وترد بالقرع؛ لأنه مما يستر باللفافة والخمار[(٣)]. وقال مالك في "مختصر ما ليس في المختصر"، وفي "كتاب ابن الجلاب": تُرد من نتن الفرج[(٤)]. فعلى هذا ترد من البخر والخشم؛ لأن نتن الأعلى[(٥)] أولى بالرد لقرب مضرته، وبُعد الآخر. وقد قيل: يرد الرجل بالبرص يحدث إذا انتشرت رائحته، فمضرة الرائحة من المرأة أولى بالرد؛ لأنه[(٦)] يستخف منه ما لا يستخف منها، ولا ترد عند مالك من العمى والقعد والشلل والعرج[(٧)].

فاختلف في وجه ذلك، فقيل: ذلك لقول عمر ﵁: ترد المرأة من الجنون

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٢.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٣.

(٣) انظر المسألة في النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣١، ٥٣٢.

(٤) انظر: التفريع لابن الجلاب: ١/ ٣٩٥.

(٥) في (ت): (لأن نتن الأنف الأعلى).

(٦) قوله: (لأنه) ساقط من (ب).

(٧) قوله: (والعرج) ساقط من (ت). وانظر: المدونة: ٢/ ١٤٢، المعونة: ١/ ٥١٥.

والجذام والبرص والقرن[1]، ولقول علي ﷺ: ترد المرأة من أربع: الجذام والجنون والبرص والقرن، ولهذا قال مالك: ليس على الولي أن يخبر أنها مقعدة، ولا عمياء، ولا عرجاء، وأجاز أن يكتم ذلك[2].

وقيل: لأن ذلك مما لا يخفى فقيل لمالك في "كتاب محمد" أترد المرأة من السواد والعمى وما أشبه ذلك؟ فقال: هذا أمر ظاهر فكيف ترد منه. وقال في موضع آخر: هذا من العيوب الظاهرة فلا ترد له.

وقال ابن حبيب: ترد من القرع؛ لأنه مما يستر باللفافة والخمار، ولا ترد من العمى والقعد، والشلل، والعرج؛ لأنه ظاهر، والخبر عنه يفشو[3]. وهذا منهما تسليم[4] أن للزوج أن يرد بهذه العيوب إذا تبين أنه لم يعلم؛ لأنه إنما منع الرد؛ لأنه لم يصدقه أنه لم يعلم به. فإن كان الزوج طارئاً، وتزوج بقرب قدومه، أو لم يسمع بذلك من الجيران[5]، أو اعترفت الزوجة أنه لم يعلم، وكانت ممن يصح اعترافها لأنها ثيب، أو بكر معنسة - كان له أن يرد، وإن قام دليل على علمه -لم يرد، وهذا مع عدم الشرط، فإن اشترط السلامة - رد متى وجد عيباً، قولاً واحداً.

واختلف إذا قال الولي: إنها سالمة، ولم يشترط هل ذلك كالشرط. فقال في "كتاب محمد": إذا قال الخاطب: قيل لي إن ابنتك سوداء، فقال: كذب من قال

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٥، المعونة: ١/ ٥١٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٩.

(٣) بنحوه في النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣١.

(٤) في (ب): (تعليم).

(٥) قوله: (من) ساقط من (ب).

ذلك، بل هي بيضاء، فوجدها سوداء، أو قال: ليس هي عمياء، ولا عرجاء، فوجدها كذلك -فله ردها؛ لأنه غره[١].

وقال أصبغ: هو كالشرط. وقال ابن القاسم في "الكتاب الأول" من "كتاب محمد": إذا رفع الولي في الصداق، فأنكر سَوْمه، فقال: لأن لها كذا، فسمى رقيقاً وعروضاً فيصدقها ما سأل، ثم لا يجد لها شيئاً. قال: فالصداق لازم له، ولا حجة له، مثل ما لو قال: بيضاء جميلة شابة، فوجدها سوداء، أو عرجاء[٢]؛ فلا كلام له ما لم يشترط، فيقول أنكحها على أن لها كذا، أو على أنها جميلة بيضاء أو شابة[٣].

فجعله ابن القاسم من ناحيته[٤] الغرور فألزمه ذلك مرة، ومرة لم يلزمه. قال الشيخ[٥]: وأراه كالشرط؛ لأنه أمر قارن العقد. ولو قال ذلك أجنبي بحضرة الولي فلم ينكر عليه كان غروراً.

وأرى أن يرد إذا تبين أنها صغيرة مثل ابنة أربع سنين وخمس وما أشبه ذلك؛ لأن الوطء ممتنع، فهي في ذلك كالرتقاء، وعليه في الصبر إلى أن تبلغ الوطء مضرة، وإن كان الوقت الذي تصلح فيه لذلك لا يدرك في الصبر إليه مضرة ولم يرد، وقد تكون لهم عادة في الصبر ما بين العقد والابتناء كالسنتين والثلاث؛ مما يرى أن[٦] هذه تصلح حينئذ للابتناء، أو تزيد الأمر اليسير، فلا ترد.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣١.

(٢) قوله: (أو عرجاء) ساقط من (ت).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٨٨.

(٤) في (ت): (ناحية).

(٥) قوله: (قال الشيخ) ساقط من (ب).

(٦) قوله: (مما يرى أن) يقابله في (ت): (فجائز وإن).

وفي "كتاب محمد": لا ترد إذا وجدها عجوزاً، وهذا مبني على ما تقدم، هل ذلك لأنه مما لا يخفى، أو لأنه زائد على ما قاله عمر ﷺ، وإن بلغت في العمر[١]، وقام للزوج دليل على عدم العلم -رد؛ لأن العادة فيمن بلغت ذلك ألا تتزوج، وهو كالشرط.

فصل

[في عيوب النساء من أمر قديم أو محدث]

ترد المرأة من الجنون وإن كان صرعاً في بعض الأوقات. ومن قليل الجذام. واختلف في البرص فقال مالك: ترد لقول عمر ﷺ[٢]. لأنه لم يفرق بين قليل ولا غيره. وقال ابن القاسم في "العتبية": لو علمنا فيما خف أنه لا يتزايد لم يرد لكنه لا يعلم ذلك[٣]. فرآه مالك عيباً في نفسه يوجب الرد، ولم يره ابن القاسم إلا بما يتنامى إليه، ويلزم على قوله إذا كانت بها بداية ذبول أن ترد به؛ لأنه معلوم أنه يتنامى إلى الموت. وفي "مختصر ما ليس في المختصر": يرد النكاح في الجذام والبرص؛ لأنه يخشى أن يحدث ذلك بالآخر، ولأنه لا تطيب نفس الواطئ والموطوءة، وقلما يسلم ولدهما، فإن سلم كان في نسله. انتهى قوله[٤].

ويلزم على هذا أن يرد النكاح إذا اطلع أن أحد الأبوين كان كذلك؛ لأنه يخشى أن يظهر في ولد المتزوج الآن، أو في ولد ولده، ورأيت ذلك في امرأة

---

(١) في (ت): (في السن والفناء).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٢.

(٣) قوله: (لو علمنا فيما خف أنه لا يتزايد لم يرد لكنه لا يعلم ذلك) يقابله في (ب): (لو علمنا علماً حقاً لا يتزايد لم ترد لكنه لم يعلم ذلك). وانظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٢٠.

(٤) قوله: (قوله) ساقط من (ب).

كان أبوها أجذم، ولم يظهر فيها، وظهر في عدد من ولدها.

ويصح أن تطلق على الزوج وإن كان الجنون بها؛ لأنه إذا كان متى أصابها الزوج جنت، ولم يقف الزوج عنها. فقال مالك في "المبسوط": إذا كانت تجن عند ذلك -حال السلطان بينه وبينها. قال ابن شعبان: ولا يلزمه طلاق إن أحب المقام. يريد: ولم يصب، فإن لم يقف عنها طلق عليه.

فصل

[في عيوب المرأة التي ترد بها]

ترد المرأة بعيب الفرج، كان مما يمنع الجماع كالرتق والقرن، أو لا يمنع كالعفل والنتن والاستحاضة والإفاضة وحرق النار، وقال الخليل: العفل شيء يخرج في حياء الناقة كالأدرة[١].

واختلف إذا كان شيء من هذه العيوب خفيفاً. فقال مالك: ترد به؛ لأن المجنونة والجذماء والبرصاء يقدر على جماعها، وهي ترد به[٢].

قال ابن حبيب: لا ترد به إلا أن يكون عيباً يمنع اللذة. والأول أحسن. وقد أبان مالك الحجة في ذلك.

والقرن، والرتق على أربعة أوجه/ : (ب) ١٨٦/ب

فإن كان لا ضرر عليها في قطعه، ولا عيب في الإصابة بعد القطع -كان القول قول من دعا منهما إلى قطعه، فإن دعا الزوج إلى ذلك وكرهت -جبرت[٣]، وإن

---

(١) انظر: كتاب العين: ٢/ ١٤٥.

(٢) المدونة: ٢/ ١٤٢.

(٣) في (ب): (خيرت).

دعت هي إلى ذلك جبر[١] هو على القبول. وإن طلق بعد رِضَاها وقبل القطع -لزمه نصف الصداق، وإن كرهت القطع، فطلق الزوج لأجل ذلك فلا شيء عليه؛ لأنه لأجل العيب طَلَّقَ. وإن كان في القطع ضرر عليها، ولا عيب بعد ذلك في الإصابة -كان الخيار لها دونه. وإن رضيت بالقطع سقط مقاله. وإن كرهت فارق، ولا شيء عليه. وإن كان لا ضرر عليها في القطع وفي الإصابة بعد القطع عيب كان المقال له دونها فإن أحب ألزمها القطع وإن أحب[٢] فارق ولا شيء عليه وإن كان عليها ضرر، وفي الإصابة بعد ذلك عيب -كان لكل واحد منهما مقال ولها أن تأبى إن دعا إليه وله ألا يرضى إن رضيت لأجل بقاء العيب وللزوج أن يرد إذا وجدها عِذْيَوْطَة - وهي التي يكون منها عند الجماع حدث - لأن ذلك عيب في الوطء وإن لم يكن من داء الفرج ولها أن ترده بمثل ذلك. وقد كان نزل مثل ذلك في زمن أحمد بن نصر، واختلف الزوجان ونفى كل واحد منهما ذلك عن نفسه. فقال أحمد: "يطعم أحدهما تيناً والآخر فقوساً، فيعلم ممن هو منهما". وأحمد هذا سمع من محمد بن سحنون وليس بمتأخر.

فصل

[فيمن غر من الزوجين والتداعي في ذلك]

وإذا ردت الزوجة بشيء من العيوب المتقدم ذكرها -رجع الزوج بجميع الصداق، وسواء دخل أو لم يدخل. فإن كان الغرور من الولي -رجع عليه. وإن كان الغرور منها -رجع عليها، ويترك لها ربع دينار. وإن غَرَّاهُ جميعاً - الولي والمرأة- كان بالخيار بين أن يرجع على المرأة -ولا رجوع لها على الولي-

(١) في (ب): (خير).

(٢) في (ب): (القطع).

أو يرجع على الولي، ويرجع الولي عليها. وحمل مالك الأب والابن والأخ على المعرفة به، وجعل الرجوع عليه دونها.

قال في "كتاب محمد": ولا يرجع الزوج عليها؛ لأنه ليس عليها أن تخرج فتخبر بعيبها، ولا أن ترسل إليه لأن لها وليّاً. قال: والبكر والثيب في ذلك سواء[١]. يقول إن كانت بكراً: فالأمر إلى الأب، وعليه أن يخبر[٢]، وإن كانت ثيِّباً: فإنها وكلته على أن تتبرأ منه. وإن كان العاقد عمّاً أو ابن عم أو من العشيرة أو من الموالي أو السلطان -كان الرجوع عليها، وحمل على الولي أنه غير عالم، حتى يثبت أنه عالم.

والولي والمرأة في العيوب على ثلاثة أقسام: قسم يحمل جميعهم فيه على العلم به، وقسم يحمل الأب فيه على العلم دونهم، وقسم يحمل جميعهم على الجهل به.

فالأول: الجنون والجذام، وهما عيوب من العيوب الظاهرة التي لا تخفى على الأقارب، بل لا تخفى في الغالب على الجيران.

والثاني: البرص، وإن كان في الوجه والذراع والساق -كان كالأول، محملهم[٣] فيه على العلم؛ لأن الحديث عنه من نساء الأقارب فيكثر وإن كان مما يواريه الثياب كان محمل الأب والأخ فيه على العلم دون الأقارب.

وأما عيب الفرج فإن كان مما لا يخفى على الأم في حين التربية، ومثل ذلك

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٨.

(٢) في (ت): (يجبر).

(٣) في (ب): (فحملهم).

الأب لأنه ممن[1] يطلع عليه، ويخبر به - كان محمله على العلم، فإن كان مما يخفى على[2] الأم مثل أن يكون بذلك الموضع غلظ لا يتميز إلا عند حاجة الرجل إليها، أو تكون الأم ماتت من نفاسها، أو تكون ربتها ثم ماتت، وثبت أن ذلك حدث بَعْدُ كالعفل، أو يكون الأب ممن له القدر، ولا يجب أن يذكر[3] ما يكون بابنته من ذلك - حمل على الجهل به، ورجع عليها دونه.

وأما الأخ فيبعد أن يحمل على المعرفة بعيب الفرج، أو يتحدث معه بمثل ذلك. وقد قال مالك في "كتاب محمد" في الأب والابن والأخ: إن علم به[4] أنه لم يعلم؛ فلا شيء عليه[5]. وقوله هذا يتصور في مثل ما تقدم ذكره.

واختلف إذا كان الولي عديماً هل يرجع عليها؟ فمنع ذلك مالك وقال: لم يكن عليها أن تخرج، فتخبر بعيبها، ولا ترسل إليه. وقال ابن حبيب: إن وجب الرجوع على الولي، وكان عديماً، والمرأة موسرة؛ رجع الزوج عليها، ولم ترجع هي به".[6]

واختلف أيضاً إذا كان الولي عمّاً، أو ابن عم، أو من العشيرة، أو السلطان، وادعى الزوج أنه علم، وغره، وأنكر الولي. فقال محمد: يحلف. فإن نكل حلف الزوج أنه علم، وغره، فيما يستقر[7] عنده. فإن نكل؛ فلا شيء له على الولي، ولا

---

(١) قوله: (لأنه ممن) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (يخفى على) يقابله في (ب): (لا تعرفه).

(٣) قوله: (ولا يجب أن يذكر) يقابله في (ب): (ولا يتحدث بذكر).

(٤) قوله: (به) ساقط من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٧.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٨.

(٧) في (ت): (تشهد).

على الزوجة، وقد سقطت تباعته عن المرأة بدعواه على الولي[١].

وقال ابن حبيب: إن حلف الولي -رجع على المرأة[٢]. وهو أصوب في السؤالين جميعاً. وليس الأمر اليوم على ما قاله محمد، أنها توكله على أن يخبر بعيبها، بل هي أحرص ألا يذكر ذلك، وهما مدلسان جميعاً؛ فللزوج أن يرجع على الولي، ويرجع الولي عليها؛ لأن سلعتها المبيعة، قد ردت بالعيب، وهي مدلسة معه. وإن تقدمت إليه في أن يعلم بعيبها فلم يفعل -رأيت أن يرجع عليها بما بين الصحة والداء، وليس لها[٣] أن تبيع معيباً، وتأخذ الثمن سالماً وفي ذلك ظلم على الولي، إلا أن تكون لهم عادة أنهم لا ينزلون عن صدقات اعتادوها لعيب وإن كانت هي غرت[٤]، ولم يعلم الولي؛ رجع عليها، وإن علم كان بالخيار يبدأ بأيهما أحب؛ لأن ذلك غرور منهما.

(١) في (ب): (تباعته على المرأة وعلى الولي). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٩.

(٣) قوله: (لها) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (هي غرت) يقابله في (ب): (في عدة).

باب



في عيوب الرجال وإذا تبين أن أحد الزوجين عبد، أو أن الزوجة نصرانية، وإذا ظهر بكل واحد من الزوجين عيب[١]، وإذا ادَّعى ذلك أحدهما على الآخر فأنكره، وكان مما يخفى



يُردُّ الزوج بالجنون والجذام وداء الفرج، واختلف في البرص.

فأما الجنون فيرد من قليله وكثيره، كان مطبقاً أو يغيب[٢] رأس كل هلال ويسلم فيما بين ذلك، وكذلك إذا حدث بعد العقد وقبل/ الدخول.

(ب) ١٨٧/أ

واختلف إذا حدث بعد الدخول، فقال مالك: إن كان يعفيها من نفسه، ولا يرهقها بسوء، ولا تخاف منه في خلواته، فلا خيار لها[٣]. وقال أشهب: إن لم تخف منه فلا خيار لها، وإن كان لا يفيق[٤]. يريد: إذا كان يحتاج إليها، وإلا فُرِّقَ بينهما؛ لأن في بقائها ضرراً عليها من غير منفعة له[٥].

وكذلك الجذام يُرَدُّ من قديمه و[٦] قليله وكثيره. وقال ابن وهب في "العتبية": "إذا كان جذاماً لا شك فيه رُدَّ، وإن لم يكن فاحشاً، ولا مؤذياً؛ لأنه لا يؤمن من زيادته. وإن شك فيه؛ لم يفرق بينهما[٧]"، وكذلك إذا حدث بعد

---

(١) قوله: (عيب) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (يختنق).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٧.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٤.

(٥) قوله: (له) ساقط من (ت).

(٦) قوله: (قديمه و) ساقط من (ب).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٤.

العقد، وقبل الدخول، يفرق من قليله، بمنزلة ما لو كان قبل العقد. وإن حدث بعد الدخول؛ فرق من كثيره، ولم يفرق من قليله، حتى يتنامى، ويتفاحش؛ لأنه قد اطلع عليها، فلا يعجل بالفراق. وإذا لم يدخل ولم يطلع عليها -لم يمكن من كشفها في شيء مآلُهُ إلى الفراق.

واختلف في البرص قديمه وحديثه. فروى ابن القاسم عن مالك: أنه قال: يرد به، إذا كان قبل التزويج.(١) يريد قليلاً كان أو كثيراً. وذكر عن أشهب في الثالث من "كتاب محمد": لا يفرق بينهما، وإن غرها.(٢)

وقال ابن حبيب: ما كان به قبل العقد؛ يرد به وإن لم يكن فاحشاً، وما حدث به بعد العقد؛ فلا خيار لها فيه إلا أن يكون فاحشاً مؤذياً.

وقاله مالك وأصحابه، وقال في "كتاب بيع الخيار": لا يفرق بينهما، إذا حدث بعد الدخول. قال ابن القاسم في "كتاب محمد": وإن كان شديداً. وروى عنه عيسى أنه قال: يرد إذا كان ضرراً لا يصبر عليه، وإن كان خفيفاً؛ لم يرد به.(٣) وهو أحسن. فيرد بما كان قبل وإن كان يسيراً؛ لأنه يتنامى، فلا يمكن من الاطلاع عليها، فيما مآله إلى الفراق.

وقد تقدم القول أنه يرد بالجذام والبرص؛ لأنه يخشى أن يحدث ذلك بالآخر؛ لأنه لا تطيب نفس الواطئ والموطوءة، وقلَّ ما يسلم ولدهما، فساوى بين الرجل في الرد والمرأة بقوله في الموطوءة، وتعليله فيما يخاف حدوثه في الآخر، وفي الولد. وهذا هو الصحيح وقبل الدخول وبعده سواء.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٢، والبيان والتحصيل: ٤/ ٣١٩، والنوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٣.

وأما الجنون، فإن كان صرعاً، وكان مثل ذلك ترتاع له المرأة، وينزل بها ما يشق مشاهدته، كان لها أن تقوم بالفراق، وإن لم يكن يؤذيها.

فصل

[في عيوب الرجل]

والزوج في عيب الفرج على أوجه: فإن كان مجبوباً، أو حصوراً أو عنيناً، أو مقطوع الحشفة؛ رد به. واختلف في الخصي القائم الذكر، فقال مالك: يرد به.[١] وقال سحنون: لا يرد به؛ لأنه بمنزلة من كان عقيماً. وهو أبين؛ لأن ذلك لا ينقص من جماعه. وقال ابن حبيب: الحصور: الذي لا ذكر له، أو له مثل الزر.[٢] وقال ابن فارس في مجمل اللغة، وابن قتيبة في "تفسير غريب القرآن": هو الذي لا يأتي النساء: قال ابن فارس: كأنه أحجم[٣] عنهن، كما يقال رجل حصور إذا حبس رفده، ولم يخرج ما يخرج الندامى.[٤]

وقال ابن قتيبة: هو فعول، بمعنى مفعول، كأنه محصور عنهن، أي مأخوذ محبوس عنهن، وأصل الحصر الحبس، مثل: ركوب بمعنى مركوب، وحلوب بمعنى محلوب، وهيوب بمعنى مهيب.

واختلف في العنين، فقال مالك في "المدونة": إنه الذي لا ينتشر، ولا يستطيع الجماع لذلك[٥] وقال أبو محمد عبد الوهاب: هو من له ما لا يستطيع

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٣، والتلقين: ١/ ١١٧، والمعونة: ٢/ ١١

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٨.

(٣) في (ت): (احتجب).

(٤) انظر: مجمل اللغة: ١/ ٢٣٩، باب الحاء والصاد وما يثلثهما.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٥، والنوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٨.

به الجماع لصغره.[١] واختلف ما يقع عليه ذلك الاسم من صفة الرجل، فإنه لا يختلف في مضمونه من الفقه في أن من له مثل الزر، أو الأصبع أو لا ينتشر؛ أنه يردّ بذلك.

فصل

[فيما إذا تبيّن أنَّ أحدَ الزوجين عبدٌ]

الرق عيب، فإن تزوجت امرأة رجلاً، ثم علمت أنه عبد، أو فيه عقد حرية، ولم تتم حريته، أو تزوج رجل امرأة، ثم علم أنها أمة، أو فيها عقد حرية، ولم تتم عتقها[٢] - كان له أن يردَّ، والقول قول من ادعى عدم المعرفة منهما، إلا أن يكونا من محلة واحدة، ومما لا يخفى ذلك على المنكر، فلا يصدق، أو يقوم دليل لمن ادعى معرفة ذلك، مثل أن يكون من هو في الرق أسود، وقد رآها وقت العقد، أو رأته.

قال ابن القاسم في "كتاب محمد"، في حرة تزوجها مكاتب، وأقامت معه سنين، ثم قالت لم أعلم، وغرني قال[٣]: تحلف على ذلك وترد.[٤] قال: ومن العبيد من يكون في حاله ومنظره وتجارته على مثل الحر. وقوله في المكاتب أحسن[٥]، أنها تصدق بعد الدخول، والإقامة؛ لكونه متصرفاً لنفسه منقطعاً عن سيده. وأما العبد، والأمة؛ فلا يحسن ذلك فيهما بعد الدخول والطول،

---

(١) انظر: التلقين: ١/ ١١٧.

(٢) في (ب): (عقدها).

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ت).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٧.

(٥) في (ب): (حسن).

لأنه لا يخفى تصرفه لمواليه، ويصح ذلك في الآبق.

فصل

[فيما إذا تبيّن أنَّ الزوجة نصرانية]

ولم ير مالك الكفر عيباً. فقال في "كتاب محمد"، في مسلم تزوج امرأة، ثم تبين أنها نصرانية: فلا قيام للزوج إن لم يعلم، ولا قيام لها[(١)] إن لم تعلم، وقالت ظننت أنه نصراني.

واختُلف إذا قال لها الزوج أنا على دينك فتزوجته، فقال مالك: لها الخيار؛ لأنه غرها، ومنعها من كثير[(٢)] شرب خمر، وغيره". وقال ربيعة: لا خيار لها، وليس الإسلام بعيب.[(٣)] والأول أبْيَن وليس هذا من جهة أن الإسلام ليس بعيب، وإنما ذلك، لما دخلت عليه، وقد تقدم قول أصبغ في مثل هذا أنه كالشرط.

وقال مالك في "المدونة" فيمن تزوج امرأة فإذا هي لغية؛ فلا قيام له إلا أن يزوجوه على نسب.[(٤)] ومحمل النكاح عنده على أنه لازم، حتى يشترط. وكذلك إن تبين أن الزوج لغية، فالنكاح لازم، إلا أن تكون قد اشترطت. وقيل لابن القاسم، فيمن تزوج امرأة، وانتسب إلى غير أبيه، وتسمى بغير اسمه. فقال مالك، فيمن تزوج امرأة، فأصابها لزنية، فإن كانوا زوجوه على نسب؛ فله الخيار.[(٥)] وقال مالك في "المبسوط": ذلك يختلف، فأما إن انتمى

---

(١) قوله: (لها) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (كثير) ساقط من (ت).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٧.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٣.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٣.

إلى ذي الحال والهيئة في موضعه، ونسبه، وأتى إلى قوم لهم هيئة في أنفسهم، وأحسابهم[١] - فيرد نكاحه ويعاقب. وأرى إن كان من تزوج/ إليهم في مثل ما تبين من حاله وموضعه، ألا[٢] يرد نكاحه؛ لأن ما ذكر من الموضع الذي انتسب إليه زيادة في الاغتباط به، فإذا كان لو علم بها تبين من موضعه؛ لم يمنع من نكاحه، لأنه من أكفائه لم يرد.

(ب) ١٨٧/ب

فصل

[فيما إذا اطلع أحد الزوجين على عيب مخالف لعيبه]

وإن اطلع كل واحد من الزوجين من صاحبه على عيب مخالف لعيبه، فتبين أن به جنوناً، وبها جذاماً، أو داء فرج - كان لكل واحد منهما القيام، وكذلك إن كان من جنس واحد، جذام أو برص، أو جنون يصرع، ثم يذهب؛ كان له في أحد الأقوال[٣] القيام دونها؛ لأنه بذل صداقاً لسالمة، فوجد ما يكون صداقها دون ذلك.

فصل

[فيما إذا ادَّعى أحد الزوجين العيب على صاحبه فأنكره، وكان مما يخفى]

واختُلف إذا اختلف الزوجان في عيب الفرج فادعى ذلك، أو ادعته، وأنكر الآخر. فقال ابن القاسم: إن ادعى ذلك عليها؛ لم ينظر إليها النساء. يريد أنها تُدَيَّنُ في ذلك، ويكون القول قولها، وأنكر ذلك سحنون وقال: قد

---

(١) في (ب): (وأنسابهم).

(٢) في (ت): (إلا أن).

(٣) قوله: (في أحد الأقوال) ساقط من (ب).

جاء أنها ترد بعيب الفرج، فكيف يعرف ذلك إلا بالنساء ونظرهن.[١] وكذلك إن ادعت ذلك عليه، وأنكره، فقال مالك وابن القاسم: يدين.[٢] وعلى قول سحنون، ينظر إليه.

وروى الواقدي عن مالك نحو ذلك، وذلك مذكور في "الكتاب الثاني".

وفرق ابن حبيب فقال: إن ادعى الزوج أنها رتقاء، أو غير ذلك من عيوب الفرج؛ صدقت، ولم ينظر إليها النساء، وإن هو فارق وشهدت امرأتان، ولم يكن ذلك النظر عن أمر المرأة[٣]؛ جازت شهادتها[٤]؛ لأن الطلاق بيده لم توجبه شهادتها، ولم تبطل الشهادة، لأنها يعذران[٥] بالجهالة، وإن ادعى هو المسيس وقالت: أنا عذراء، وشهد لها النساء بذلك؛ لم تقبل شهادتها، لأنها تؤول إلى الفراق.[٦]

واختلف إذا ادعت أنه حصور، أو مجبوب، وأنكرها، هل يختبر بالجس من فوق الثوب؟ فروى الواقدي عن مالك في المعترض أنه قال: تجعل معها امرأة، فإذا غشيها نظرت إليها[٧]. وروي عنه أيضاً أنه قال: إن كانت بكراً، وقالت: أصابني، وقال: لم أصب، أنه ينظر إليها النساء. فعلى هذا؛ لا يدين واحد منهما فيما يدعيه على الآخر.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٣٠.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٥.

(٣) في (ت): (النظر من المرأة).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٥.

(٥) في (ب): (يغرران).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٥.

(٧) في (ت): (إليهما).

ويختلف إذا كان العيب بغير الفرج هل ينظر إليها النساء، ويخبرن عنه، أو يشق الثوب عن ذلك الموضع وينظر إليه الرجال؟ فالظاهر من المذهب أن النساء يخبرن عنه. وقال سحنون: إن جرحت بغير الفرج بقر عن ذلك الموضع حتى ينظر إليه الأطباء[1]. قال: ولو أصابتها علة في موضع يحتاج فيه إلى طبيب، بقر عن ذلك الموضع لينظر إليه الأطباء، وعلى هذا لو ادعى الزوج أن بذلك الموضع برصاً، وأنكرت شق[2] الثوب عنه، ونظر إليه الرجال.

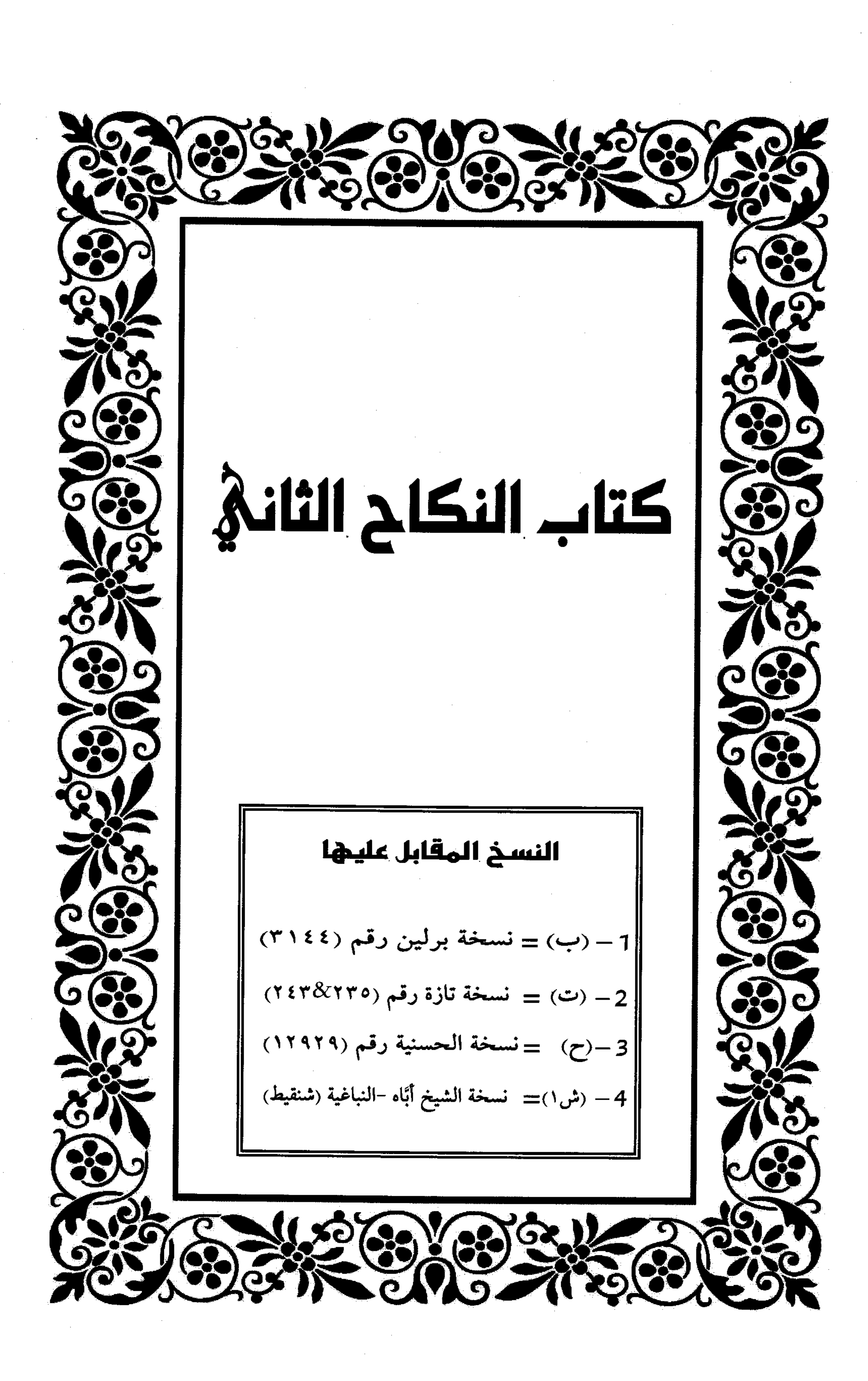
تم كتاب النكاح الأول

بحمد الله وحسن عونه

---

(١) في (ب): (الرجال).

(٢) في (ت): (يفتق).



كتاب النكاح الثاني

النسخ المقابل عليها

1 - (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 - (ت) = نسخة تازة رقم (٢٣٥&٢٤٣)

3 -(ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

4 - (ش١)= نسخة الشيخ أبّاه -النباغية (شنقيط)





بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم تسليماً

كتاب النكاح الثاني





باب



في النكاح والبيع في عقد واحد(١)

واختلف في ذلك على أربعة أقوال:(٢) فمنعه مالك وابن القاسم في المدونة(٣)، وأجازه عبد الملك في كتاب محمد، إذا كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بأمر لا شك فيه(٤). وكرهه في ثمانية أبي زيد ابتداء وأمضاه إذا نزل، وكان الثمن كثيراً وفيه(٥) فضل بائن عن البيع.

وذكر أبو محمد عبد الوهاب عن أشهب أنه أجاز النكاح، والبيع جملة من غير اعتبار بفضل كالسلعتين(٦). وقال مالك في المبسوط: يفسخ قبل ويثبت بعد ولها صداق المثل. وقال في موضع آخر في امرأة تزوجت على عبد(٧)، وزادته خمسين ديناراً، ثم طلقها قبل الدخول، قال: يُقَوَّم(٨) العبد، فإن كان فيه فضل عن الخمسين ردت نصف الفضل(٩).

---

(١) قوله: (واحد) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (واختلف في ذلك على أربعة أقوال) يقابله في (ب): (قال الشيخ ﷺ).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٦، والمعونة: ١/ ٥١١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٨

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٨، والمعونة: ١/ ٥١١

(٥) حرف الواو زيادة من (ح).

(٦) انظر: المعونة: ١/ ٥١١.

(٧) في (ب): (أبيها).

(٨) في (ت): (يقام).

(٩) في (ح): (الصداق).

فأجازه، وجعل الزائد على البيع للنكاح كالمواضح.

وأرى أن يمنع ذلك ابتداء؛ حماية وخوف الذريعة إلى طرح الصداق، لأن كثيراً من النساء ترغب في الرجل، فتعطيه ليتزوجها إما لجماله أو ليساره، أو لأنه فوق قدرها، أو لتعذر الزوج. فإن نزل ذلك، وكان فيما دفع فضل بيّن خارج عن التغابن، لم يفسخ؛ لأن منع ذلك[1] النكاح، والبيع في عقد لم تأت فيه آية، ولا سنة، ولا إجماع، ولا وجه لتعليل المنع لأن النكاح أصل لا تجوز فيه الهبة؛ لأن هذا عقد على وجه المعاوضة، ولا للتعليل بجهل الصداق، لأن الملك لواحد، وإنما يراعى الجهل في القبض[2] إذا جمع الرجلان ملكيهما في البيع، ولا للقول إنه موقوف على الاختيار هل للنكاح صداق، لأنهما دخلا على البت وهما لا يعلمان أن في عقدهما تعقباً، وإنما يختبره من يحتسب فيه. وإذا صح العقد ثم[3] استحق المبيع، أو وجد به عيب؛ كان القبض[4] على قيمة المبيع وقيمة صداق المثل، كما قال أشهب؛ لأنه إذا سَلِم العقد من الفساد؛ كان القبض[5] على الأصل في المبيعين في عقد هذا[6] إذا كان الثمن الذي دفعه الزوج مقارباً لقيمة المبيع والصداق وإن كان الثمن أقل بالشيء الكثير؛ جعل الفاضل للصداق، كما قال مالك، لما تقدم أن المرأة قد ترغب في الرجل، فلا تبالي أن لا تأخذ شيئاً، وقد يقصد بجمع[7] النكاح إلى البيع؛ لئلا يظهر أنها بخست[8] في صداقها.

وكذلك إذا كان في الذي دفع الزوج فضل بيِّنٌ عن البيع، وصداق المثل خص به النكاح؛ لأن كثيراً مما[9] يزيد في الصداق ويضعف فيه، لما جعل الله

---

(١) قوله: (ذلك) زيادة من (ح). (٢) في (ح): (الفضل).

(٣) في (ب): (أو).

(٤) قوله: (كان القبض) يقابله في (ح): (لأن الفضل).

(٥) في (ح): (الفضل). (٦) قوله: (عقد هذا) يقابله في (ح): (عقدهما).

(٧) في (ب): (بجميع). (٨) في (ب) و(ت): (تحسب).

(٩) في (ب) و(ت): (ممن).

سبحانه في ذلك من شهوة النفس[١]، ولا يزيد مثل ذلك في البيع. وإن لم يكن فضل عن البيع؛ فسخ قبل وثبت بعد، وكان لها صداق المثل وفوت النكاح/ ، - إذا كان هو الأكثر- فوت للسلعة. وإن كانت قائمة وليس فوت السلعة وإن كان[٢] الجل فوتاً للنكاح، إذا لم يكن دخول؛ لأن النكاح مقصود في نفسه، وإن كان تبعاً[٣] فليس يتزوج لمكان البيع ويصح أن يشتري لمكان النكاح.

(ب) ١٨٨/أ

وقال ابن القاسم في العتبية، فيمن تزوج امرأة على إن أعطاه أبوها داراً جاز، وكذلك إن قال: تزوجتها[٤] بهذه الدار تكون صداقها، أو أعينك في تزويجها، ذلك جائز. وإن قال: تزوج ابنتي بخمسين ديناراً[٥]، على أن أعطيك هذه الدار؛ لم يجز، وكان ذلك نكاحاً وبيعاً[٦][٧]. والفرق بين السؤالين، أنه في المسألة الأولى، ملك العطية قبل النكاح، ثم هو يتزوجها في ثاني حال بما يتراضيان[٨] عليه. وفي المسألة الثانية، انعقد الجميع عقداً واحداً. والقياس أنهما سواء؛ لأن العطية إذا تقدمت ليتزوج ثم لم يتزوج[٩]؛ ارتجعها منه فصار كالعقد الواحد.

فصل

[فيمن تزوج على ثمر لم يبد صلاحه]

وقال مالك، فيمن تزوج على ثمر لم يبد صلاحه[١٠]، أو بعير شارد، أو عبد

---

(١) في (ب): (الشهوة النفس)، وفي (ح): (لشهود النفس).
(٢) قوله: (وإن كان) يقابله في (ح): (إن كانت).
(٣) في (ب): (بيعاً). (٥) في (ب): (يزوجها).
(٥) في (ح): (داراً).
(٦) قوله: (وكان ذلك نكاحاً وبيعاً) يقابله في (ح): (وذلك نكاح وبيع).
(٧) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٤. (٨) في (ح): (تراضيا).
(٩) قوله: (ثم لم يتزوج) يقابله في (ح): (فلم يتزوج).
(١٠) في (ح): (صلاحها).

آبق، أو جنين: يفسخ قبل ويثبت بعد، ولها صداق المثل، ومصيبة ذلك قبل القبض من الزوج، وإن قبضته وفات بحوالة أسواق أو نماء أو نقص؛ كانت عليها القيمة يوم قبضته[١]. وأما[٢] الثمرة فعليها مكيلة ما جدت أو حصدت من الحبوب[٣]. وكذلك إن تزوجها بخمر يفسخ قبل، ويثبت بعد، ولها صداق المثل[٤].

وقد اختُلف في حكم هذا العقد وفي ضمان الصداق، فذكر القاضي[٥] أبو الحسن ابن القصار وأبو محمد عبد الوهاب عن مالك فيها[٦] ثلاثة أقوال: فقال مرة: يمضي بنفس العقد ولها صداق المثل إن دخل بها. وإن طلق قبل الدخول؛ لم يكن لها شيء كالتفويض. وقال مرة يفسخ قبل، ويثبت بعد[٧]. وقال: يفسخ قبل وبعد[٨]. وفي كتاب محمد مثله[٩]. فإن تزوج بخمر يفسخ قبل وبعد.

وقال أبو محمد عبد الوهاب[١٠]: اختلف أصحابنا في تأويل قول مالك: إنه يفسخ قبل؛ فمنهم من حمله على الإيجاب تغليظاً وعقوبة؛ لئلا يعود إلى مثل ذلك. ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطاً[١١] ليخرج من الخلاف[١٢].

قال الشيخ رحمه الله: أثبت ذلك بالعقد مرة؛ مراعاة للخلاف ولأنه عقد بوجه شبهة تقع به[١٣] الحرمة بينه وبين أمها وابنتها وبينها[١٤] وبين آبائه، وتجري فيه

(١) في (ح): (قبضها).
(٢) في (ب) و(ت): (أما).
(٣) في (ب) و(ت): (الحب).
(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٦، والمعونة: ١/ ٤٩٩.
(٥) قوله: (القاضي) ساقط من (ت) و(ح).
(٦) في (ح): (فيه).
(٧) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٧.
(٨) قوله: (وقال: يفسخ قبل وبعد) ساقط من (ح).
(٩) انظر: التفريع: ١/ ٣٨٣، والنوادر والزيادات: ٤/ ٥٤٤، ٥٤٥.
(١٠) قوله: (عبد الوهاب) ساقط من (ح).
(١١) في (ح): (واحتياطاً).
(١٢) انظر: المعونة: ١/ ٤٩٩، ٥٠٠.
(١٣) قوله: (بوجه شبهة تقع به) يقابله في (ح): (يوجب الشبهة وتقع به).
(١٤) قوله: (وبينها) زيادة من (ح).

المواريث، فقام ذلك مقام حوالة الأسواق في البياعات، وفسخه مرة قبل وبعد، بخلاف البيع؛ لأن النكاح يفتقر إلى ولي، فإذا فسد العقد الأول، وجب استئنافه بولي؛ لأن العقد كان فاسداً، وإنما حصلت الشبهة في الدخول، وهو بغير ولي، وأمضاه في القول الآخر بالدخول مراعاة للخلاف في الولي.

وأما ضمان الصداق فقال مالك: يضمن جميعه بالقبض، وإن فسخ النكاح.

وقال ابن حبيب: إن عثر على ذلك قبل البناء كانت المصيبة من الزوج وله النّماء - كما لو طلّق في النكاح الصحيح وإن بنى بها كانت ضامنة وعليها القيمة.

يريد: أنه لما كان الطلاق في النكاح الصحيح يسقط الضمان في النصف؛ كان الفسخ يسقط الضمان في الجميع.

والأول أحسن؛ لأن المطلق ترك قبض ما اشتراه باختيارٍ[1] منه. وقد كان القياس - لولا ما ورد في ذلك - ألا يرجع بشيء إن طلق؛ لأنه ترك قبض ما اشتراه باختيار[2] منه، فلا يرجع في ثمنه، وهذا غلب على قبض[3] ما اشتراه، وحيل بينه وبينه في الفسخ[4]، فجرى العوض مجرى البياعات[5] في الضمان، ويفوت الجنين بالأيام اليسيرة؛ لأنه يسرع إليه[6] انتقاله.

وفي كتاب البيوع الفاسدة، ذكر الثمار تباع قبل بدو صلاحها ثمرة رطبة أو يابسة وهي قائمة أو فائتة، وقد[7] علمت المكيلة، أو لم تعلم، فاختلف قول ابن

---

(١) في (ح): (اختياراً).
(٢) في (ح): (اختياراً).
(٣) قوله: (على قبض) ساقط من (ح).
(٤) في (ب): (وحيل بينه وبين الفسخ)، وفي (ح): (وحيل بينه وبينهم بالفسخ).
(٥) في (ح): (البيوعات).
(٦) قوله: (إليه) ساقط من (ب) و(ح).
(٧) في (ب) و(ت): (وقد كان).

القاسم، ومحمد في ذلك[١].

وإن تزوجت بثمر لم يبد صلاحها[٢] على الجداد، فغُفل عنها حتى بدا صلاحها؛ لم يفسخ النكاح، لأنه كان جائزاً، ولا يتهمان[٣] أن يكونا عملا على ذلك، والثمرة للزوج وعليه قيمتها يوم كانت الزوجة تجدها.

وإن جذتها[٤] الزوجة رطبة، وكانت قائمة العين؛ أخذها الزوج، ولا شيء عليها بخلاف أن يتزوج[٥] بها على البقاء؛ لأن هذه دخلت على جدادها بَلَحاً، فجدتها رطباً فلم تزده[٦] إلا خيراً.

وإذا تزوجت[٧] على البقاء وكان الشأن جدادها يابسة؛ لزمتها قيمتها، وإن كانت مجدودة[٨]، لأن جدادها قبل اليبس فساد، وإن تزوجت بخمر فسخ قبل ويثبت بعد[٩].

وقال محمد: ومن الناس من قال: يفسخ بعد[١٠].

واختلف إذا استهلكت الخمر، فقال ابن القاسم: لها صداق المثل ولا تُتْبعُ[١١] بشيء. قال محمد: وكان أشهب يقول في هذا وشبهه: تعطى ما تستحل به، وهو ربع دينار[١٢].

---

(١) انظر: كتاب البيوع الفاسدة، ص: ٤٢٣١.

(٢) في (ت) و(ح): (لم يصلح).

(٣) في (ب): (ألا يتهما).

(٤) في (ت): (أخذتها).

(٥) في (ح): (يزوج).

(٦) في (ت): (رطبا فلم ترده)، وفي (ح): (رطبة فلم يزده).

(٧) في (ح): (كان).

(٨) في (ت): (موجودة).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٧.

(١٠) انظر: التفريع: ١/ ٣٨٣، وقد جعله من قول مالك رحمه الله.

(١١) في (ت): (يتبع).

(١٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٠.

وهو أحسن؛ لأن حقها في الصداق سقط بقبضها الخمر، والمقال الآن[1] لحق الله تعالى سبحانه ولو لم تقبض الخمر، لكان لها صداق المثل؛ لأنها تقول تزوجت على ما هو عندي مال، ويصح ملكه. فإذا حيل بينها وبينه رجعت إلى قيمة سلعتها.

واختلف إذا كانا كافرين فأسلما قبل الدخول، وقبل القبض. فقال أشهب: لها ربع دينار[2]. يريد: لأن الزوج يقول: أنت الآن مسلمة، ولو غرمت لك الخمر لكسرت عليك، فلا فائدة في أن أغرم ما لا ينتفع[3] به، فكانت مصيبة دخلت عليها، بخلاف أن يسلم أو يكون مسلماً وهي كافرة ممن يصح لها الانتفاع بها.

فصل

[فيمن تزوجت بمال غائب]

وقال ابن القاسم، فيمن تزوجت بمال غائب: لم يصلح إلا أن تشترط إن تلف فعليه بدله كالبيع[4]. يريد: إذا اشترط الدخول قبل قبضها؛ لأن المبيع[5] يجوز العقد فيه على مثل ذلك ولا يجوز النقد. وقال ابن حبيب: لا بأس أن يدخل بها، إذا كان على مثل الشهر. قال: والنكاح في هذا / مخالف للبيوع[6].

(ب) ١٨٨/ب

والكلام في المسألة من ثلاثة أوجه: جواز العقد إذا لم يشترط الدخول، أو اشترطاه، أو تطوعت به من غير شرط، فالعقد جائز والدنانير والدراهم والعبد في ذلك سواء، ولها أن تمنع نفسها حتى تقبض الغائب.

(١) في (ح): (إلا).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٠.
(٣) في (ح): (تنتفعين).
(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٧، والبيان والتحصيل: ٥/ ٩٠.
(٥) في (ب) و(ح): (البيع).
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٨.

واختلف ابن القاسم وابن حبيب إذا اشترط[١] الدخول. وقول ابن حبيب هاهنا أحسن أن النكاح بخلاف البيع؛ لأن منع شرط النقد[٢] في البيع الغرر[٣] إن لم يوجد الغائب انفسخ البيع؛ فكان سلفاً وإن وجد كان بيعاً. والنكاح إن لم يوجد الغائب، أعطيت قيمته، ولم يفسخ النكاح، ولو شرطا أن يسلكا بالنكاح مسلك البيع فيكون موقوفاً. فإن لم يوجد الغائب؛ فسخ النكاح، وكان نكاحاً فاسداً. وإن تطوعت بالدخول من غير شرط؛ جاز إذا[٤] دفع ربع دينار. ومحمل قول محمد[٥] في منع الدخول على أنه كان بشرط[٦].

قال محمد في العبد والدار الغائبة[٧]: يجوز التزويج بهما، ما لم يتفاحش غيبة ذلك، مثل خراسان والأندلس؛ وإن قال أتزوجك بهذه الدنانير التي في يدي جاز.

---

(١) في (ح): (شرط).
(٢) في (ح): (العقد).
(٣) في (ب): (للغرر).
(٤) في (ح): (إن).
(٥) في (ب): (مالك).
(٦) في (ب): (شرطاً).
(٧) قوله: (الغائبة) ساقط من (ب) و(ح).





باب
فيمن تزوج على شوار بيت، أو بنائها[١]، أو على عبد، أو على أَمَة بغير صفة

واختُلف في النكاح على شوار بيت[٢]؛ فأجازه مالك، وحملها[٣] على العادة[٤]. قال: فإن كانوا في[٥] أهل الحاضرة، فشورة مثلها[٦] في الحضر. وإن كانا من أهل البادية فشورة مثلها في البادية، وإن تزوجها على بيت، لم يجز بخلاف الشوار؛ لأنها لا تدري موضعها من البلد. وكذلك إذا[٧] قال: على أن أبني لك بيتاً؛ لم يجز، إلا أن يسم الموضع، ويكون في ملكه فيجوز، ثم يحملان في صفة البناء على عادة أمثالها[٨] وإن تزوجت على بيت موصوف في الذمة لم يجز إذا لم يذكر الموضع، ويكون الموضع في ملكه. وإن كان بيتاً معيناً في ملكه؛ جاز، وإن لم يكن في ملكه؛ لم يجز. وإن تزوج على عبد، أو أَمَة جاز، وإن لم يوصف. ولها الوسط في الجودة والسن[٩].

وأما الجنس؛ فعلى حسب البلد[١٠] من الحمران والسودان، فإن كانت العادة الصنفين جميعاً، فنصف من هذا، ونصف من هذا[١١].

---

(١) في (ب): (بنيانها).

(٢) شوار بيت: أي متاعه. انظر: لسان العرب: ٤/ ٤٣٤.

(٣) في (ح): (وحملهما).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٧، والبيان والتحصيل: ٥/ ٣٢

(٥) في (ح): (من).

(٦) في (ح): (مثلهما).

(٧) في (ح): (إن).

(٨) في (ح): (أمثالها).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٨.

(١٠) في (ب): (موضعها).

(١١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٩.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا يجوز النكاح على شوار بيت، ولا على خادم بغير صفة، ويفسخ قبل، ويثبت بعد، ولها صداق المثل[1]. وقول مالك أبين؛ لأن القصد المكارمة، بخلاف البيع. وإن تزوجها على عبد بعينه في ملكه، ولم يصفه؛ لم يجز؛ لأنها لا تدري هل هو وسط أو جيد أو[2] رديء؟ ولو كان ذلك في خلع؛ جاز، والغرر في الخلع أوسع منه في النكاح.

وفي كتاب محمد، فيمن تزوج على عبد، ولم يوصف، ثم طلق قبل البناء: يكون لها نصف قيمة عبد وسط، يوم تزوجت[3].

وليس هذا بحسن. وأرى أن يأتي بعبد على الصفة التي كانت تستحق لو لم يقع الطلاق، فيكون شركة بينهما، وليس العبد كالدينار، يكون ديناً فيهب نصفه، أنه[4] يقضى له بنصف[5] قيمته دراهم؛ لأن الدنانير لا تختلف فيها[6] الأغراض، ولو أحضره الغريم ثم دعا إلى المفاضلة فيه لبيع، ولم[7] يحصل للطالب إلا الثمن الذي أحضره الغريم.

والعبد تختلف فيه الأغراض ويصح إن أحضره أن يتزايد فيه، ولا يخرج أحدهما منه لصاحبه، إلا بأكثر من قيمته. ولو سلم أن للزوج أن يدفع القيمة، لم يحسن أن يقال: القيمة يوم النكاح؛ لأن الذي في الذمة، عبد إلى يوم الطلب، فلها قيمته يوم الحكم، كما قيل في الدينار له صرفه يوم القضاء، ولو أحضر العبد ليكون لها نصفه؛ لجبرت[8] على قبوله؛ لأن القيمة تخفيف عن الزوج،

---

(١) انظر: المعونة: ١/ ٥٠٦.
(٢) في (ح): (أم جيد أم).
(٣) في (ح): (تزوج).
(٤) في (ح): (أن).
(٥) في (ح): (نصف).
(٦) قوله: (فيها) ساقط من (ح).
(٧) في (ب): (لو لم).
(٨) في (ح): (لأجبرت).

وإنما حقها في عبد.

وقال ابن القاسم في العتبية: إن شرطت رأساً بخمسين، فغلا الرقيق أو رخص[١]، فإن كان وصفه[٢]، وكان ذكر الخمسين[٣] عبارة عن الصفة؛ فلها الصفة[٤]، غلت أو رخصت[٥]، إن كان ذكر الخمسين لا يقصد بها الصفة إلا تزييناً[٦]؛ فعليه الشراء بخمسين في الغلاء والرخص[٧].

واختُلف إذا كانوا يسمون الأكثر[٨] على وجه التجمل، فقيل: عليه أن يشتري بذلك الثمن. وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: إذا سمى الرداء بعشرين ديناراً، أو الخمار، أو الدرع[٩] بكذا، مما يراد به السمعة، يعطى وسطاً من ذلك، ولا يعطي الثمن الذي سمَّى[١٠].

---

(١) في (ح): (أرخص).

(٢) في (ب) و(ت): (وصفوه).

(٣) في (ب) و(ت): (خمسين).

(٤) في (ب): (النصف).

(٥) في (ح): (أرخصت).

(٦) في (ح): (تزيلها).

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٦٢، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٠.

(٨) في (ب): (الثمن).

(٩) قوله: (أو الخمار، أو الدرع) يقابله في (ح): (والخمار والدرع).

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٠.





باب



في الصداق يوجد به عيب أو يستحق

وقال ابن القاسم، فيمن تزوجت[(١)] على قلال خل، فأصابتها خمراً؛ فهي بمنزلة من أصابت بمهرها عيباً؛ فإنها ترده وترجع بمثله[(٢)]. وقول سحنون في هذا، وفي[(٣)]: إذا تزوجت على عبد فثبت أنه حر؛ أن النكاح فاسدٌ.

والأول أحسن؛ لأنهما لم يدخلا على فساد، فهو كالاستحقاق، فترجع بمثل الخل الذي وصف الزوج، أنه في تلك القلال يكال، وترجع بمثله وبمثل القلال. وعكسه أن تتزوج على أنها خمر، فأصابتها خلاًّ؛ فإن النكاح ثابت إن أحبا، كالتي تزوجت وهي ترى أنها في عدة[(٤)]، ثم تبين أنها في غير عدة، وقد اختلف فيها.

وأما[(٥)] إذا تبين أن هذه خل، فإن رضيا جميعاً بالبقاء على النكاح بها جاز، وأيهما كره لم يتم النكاح، وفُرق بينهما، فإن رضيت الزوجة بالتمسك بها، وقال الزوج: أنا[(٦)] لم أبعك خلًّا، فكان له أن لا يسلمها. وإن رضي الزوج تسليمها، قالت الزوجة: لا يلزمني قبولها لأني لم أشتر خلًّا، وهي في هذا الوجه تفارق المعتدة؛ لأن المعتدة هي العين المشتراة[(٧)]، وإنما كان يظن أنه كان يتعلق بالمنع[(٨)] حق لله تعالى، فتبين أن لا حق لها[(٩)].

---

(١) في (ح): (تزوج).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٨.

(٣) قوله: (وفي) ساقط من (ب).

(٤) في (ح): (عدتها).

(٥) قوله: (وأما) ساقط من (ب).

(٦) قوله: (أنا) ساقط من (ح).

(٧) في (ب): (المستبرأة).

(٨) في (ت): (بالمبيع).

(٩) في (ب): (عليها).

واختلف إذا كان الصداق عبداً فأصابت به عيباً. فقال مالك وابن القاسم: ترده وترجع بقيمته[١]. وحمل الزوجين فيه على المكارمة. فإن كانت قيمته أقل من صداق المثل كان ذلك مكارمة من الزوجة، وإن كانت قيمته أكثر، كانت مكارمة من الزوج. وقيل: ترجع بصداق المثل كالبيع[٢]. وفي مختصر ما ليس في المختصر، ترجع بمثل العبد[٣]، وقاله ابن/ كنانة في كتاب المدنيين في العبد[٤] إن استحق، ترجع بمثله. ولو قيل: إن لها الأقل من قيمته، أو صداق المثل؛ لكان وجهاً، فإن كانت القيمة أقل؛ لم يكن لها غيره، لأنها رضيت بأقل من صداق المثل[٥]. وإن كانت القيمة أكثر لزمه صداق المثل؛ لأنه يقول: إنما[٦] وهبت عيناً فاستحقت؛ فلا يلزمني العوض عنها، إلا أن يعلم أنها لو[٧] تزوجت بغير دنانير أو دراهم؛ لم ترض إلا بما يكون مبلغه مثل قيمة العبد.

(ب) ١٨٩/أ

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ٤١٨، ٤١٩.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٥. وهو قول أصبغ من كتاب ابن المواز.

(٤) قوله: (العبد) ساقط من (ح).

(٥) قوله: (وجهاً، فإن كانت القيمة... بأقل من صداق المثل) ساقط من (ب).

(٦) في (ب) و(ت): (إنها).

(٧) في (ب) و(ت): (إن).

باب



فيمن تزوج بصداق، وأعلن أكثر منه، وفي الشرط[١] في النكاح



ومن تزوج بخمسين ديناراً، فأسَرَّا ذلك، وأعلنا مائة؛ لم يكن عليه سوى خمسين، فإن ادعت الزوجة أنهما انتقلا عن الخمسين إلى المائة كان القول قول الزوج - مع يمينه أن الذي أعلن سمعة- لأن[٢] الشأن في هذا السمعة والتزين، بأكثر، وإن أشهدا فاستعلن مائة ففعلا؛ لم يكن عليه يمين. وإن أعلنا أكثر من مائة؛ فلا يمين عليه. وإن أعلنا فوق الخمسين بما يقاربها، مما[٣] يشبه أن يكون زادها حلف. وإن بعثت الزوجة إلى الزوج بشيء زاده في الصداق بغير علم الأب رده إن كانت بكراً، ولم يحط عنه من الصداق شيء[٤] . وإن كانت ثيباً رشيدة؛ لم ترجع عليه[٥] من[٦] ذلك بشيء، وإن كانت سفيهة؛ انتزع منه ولم يحاسب بها كالبكر. وإن كان عالماً بسفهها؛ لم يكن له في ذلك مقال. فإن لم يكن[٧] يعلم؛ حلف أنه لم يرضَ بتلك التسمية، إلا بما وصل إليه من المال[٨] ، ثم كان الأب بالخيار، بين أن يمضي النكاح بما دفعه من خاصته[٩]، أو يفارق ولا شيء على الزوج. وإن علم بذلك بعد الدخول؛ حلف، وكان لها صداق المثل، ما لم يكن أقل مما دفعه من خاصته[١٠] ، أو أكثر من الجميع.

---

(١) في (ح): (الشروط).
(٢) في (ح): (أن).
(٣) في (ت): (أو).
(٤) في (ح): (شيئا).
(٥) في (ب): (يرجع عليها).
(٦) في (ح): (عن).
(٧) قوله: (يكن) ساقط من (ح).
(٨) في (ح): (الحال).
(٩) في (ب): (خاصة).
(١٠) قوله: (من خاصته) يقابله في (ح): (من خاصة نفسه).

فصل

[فيمن تزوج امرأة على شرط فاسد]

وقال ابن القاسم، فيمن تزوج امرأة بمائة، فإن كانت له غيرها فصداقها مائتان، فالنكاح فاسد. وإن تزوجها بمائة، على أنه[1] إن أخرجها من بلدها؛ فصداقها مائتان، كان النكاح جائزاً، والشرط باطل[2]. وفرق[3] بينهما؛ أن الأول انعقد على أنها لا تدري وقت العقد، هل لها مائة، أو مائتان لما كانت لا تدري هل تحته امرأة أخرى أم لا. والأخرى صداقها مائة، ولا شيء لها غيره، فإن أحدث[4] عقداً[5]؛ فحينئذ يزاد.

واختُلف فيمن تزوج على أن لا يخرجها من بلدها[6]، أو لا يتزوج عليها في موضعين، أحدهما: هل يجب الوفاء به؟ والثاني: إذا لم يجب الوفاء به، هل يكون لها مقال في تمام صداق المثل؟ فقال مالك: يستحب الوفاء به ولا يجب. وقال ابن شهاب: كان من أدركت من العلماء يقضون به. وهذا[7] أحسن؛ لقول النبي ﷺ: «**إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَّى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ**»[8].

وإذا لم يجب الوفاء به؛ فإنها في الصداق على ثلاثة أوجه: فإما أن تقول أتزوجك بمائة على أن لا تتزوج علي، ولا تخرجني، ولا تزد على ذلك شيئاً[9]. أو تقول: أتزوجك بمائة وخمسين، وأسقط خمسين على أن لا تتزوج عليَّ، ولا

---

(١) قوله: (أنه) ساقط من (ب).
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٨.
(٣) في (ح): (والفرق).
(٤) في (ب): (أخذ).
(٥) في (ح): (عقده).
(٦) قوله: (من بلدها) زيادة من (ح).
(٧) في (ح): (وهو).
(٨) سبق تخريجه في كتاب النكاح الأول، ص: ١٨٦٨.
(٩) قوله: (شيئاً) ساقط من (ب) و(ح).

تخرجني. أو تتزوج بمائة وخمسين، ثم تسقط خمسين بعد العقد لمثل ذلك. فإن قالت: أتزوجك بمائة على أن لا تتزوج علي، ولا تخرجني[١]، فتزوج عليها، أو أخرجها؛ لم ترجع عليه بشيء، وهذا قول مالك.[٢] والقياس إن كانت المائة أقل من صداق المثل؛ أن ترجع بتمام صداق المثل، والقول قولها أنها تركت ذلك لأجل الشرط، بمنزلة من باع عبداً بمائة، وقيمته مائة وخمسون على أن لا يخرجه من[٣] بلده، وفات؛ فإنه يرجع بالخمسين تمام القيمة.

واختلف عن مالك إذا قالت: أتزوجك بمائة وخمسين وأحط خمسين على أن لا تتزوج عليَّ[٤]، ولا تخرجني من بلدي[٥]. فقال مرة: لا مقال لها في الصداق إن فعل وقال مرة: لها أن ترجع بالأقل من صداق المثل أو الخمسين[٦].

وهو أقيس وقد مضى وجه ذلك. وإن حطت الخمسين بعد العقد؛ كان لها أن ترجع إن فعل.

واختلف هل الترك لمثل ذلك جائز، أو فاسد؟ فقال مرة: ذلك جائز، والزوج بالخيار، بين أن يتمسك بالخمسين ولا يفعل، أو يرد الخمسين، ويتزوج ويتسرى ويخرجها.

وقال في "مختصر ما ليس في المختصر" فيمن أعطته زوجته خادماً على أن لا يتزوج عليها[٧]: ذلك باطل. وإن مات العبد في يديه[٨] فعليه قيمته. وقال ابن كنانة في كتاب المدنيين في امرأة اشترت من زوجها السكنى مع

---

(١) قوله: (أو تتزوج بمائة وخمسين، ثم تسقط خمسين... ولا تخرجني) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٨، ١٤٩، والبيان والتحصيل: ٤/ ٣٨٣.

(٣) في (ح): (عن).

(٤) قوله: (عليَّ) ساقط من (ح).

(٥) قوله: (من بلدي) ساقط من (ح).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٩.

(٧) قوله: (عليها) ساقط من (ش١).

(٨) في (ش١): (يده).

أبويها وأن لا يخرجها عنهما بمائتي درهم، قال: اشترت ما لا يشترى ولا يباع، وترجع عليه بالدراهم، ويرتحل بها[١] حيث شاء[٢]. وأنكر قول ابن القاسم بجواز ذلك[٣].

وروى ابن كنانة[٤] عن مالك في السليمانية أنه قال في امرأة وضعت من صداقها بعد العقد على أن لا يطلقها البتة، فإن طلقها[٥] البتة[٦]، رجعت عليه بما وضعت عنه[٧]. قال: عليه أن يتم[٨] لها ما وضعت؛ لأنها اشترت شيئاً لا يشترى مثله إن شاء طلق وإن شاء أمسك.

وهذا أحسن قوليه في هذا الأصل؛ لأنه إذا كان لا يجبر الزوج على الوفاء

(١) في (ش١): (ويرتحلها).

(٢) انظر: أيضا البيان والتحصيل: ٣٦٦/٤، قال فيه: (وسئل مالك عن امرأة نكحت على أربعمائة دينار صداقاً على أن تضع له مائتي دينار ولا يخرجها من المدينة، فنكحته على ذلك ثم أراد إخراجها، فطلبت ما وضعت عنه فقال: إن كان أكثر لها من الصداق ليس ذلك صداق مثلها فله أن يخرجها ولا ترجع عليه بالذي وضعت عنه من أجل الشرط، وإن كان صداق مثلها فوضعت عنه على أن لا يخرجها من المدينة فإن له أن يخرجها حيث شاء وعليه أن يرد عليها الذي وضعت عنه من صداقها يرجع إليها وله أن يخرج بها حيث شاء، قلت له: إن كان الذي أصدقها أكثر من صداق مثلها فوضعت عنه على أن يسكنها بلدها فليس ذلك لها، وله أن يخرج بها حيث شاء ولا شيء عليه فيما وضعت عنه، وإن كان الذي أصدقها فوضعت صداق مثلها على أن يسكنها بلدها فليس ذلك له، وله أن يخرج بها حيث شاء، ولها عليه ما وضعت عنه من صداق مثلها؟ قال: نعم)

(٣) في (ش١): (وأنكر ابن القاسم قول من يقول بجواز ذلك).

(٤) في (ش١): (وروى ابن القاسم).

(٥) قوله: (فإن طلقها) ساقط من (ب).

(٦) قوله: (البتة) زيادة من (ح).

(٧) قوله: (عنه) ساقط من (ح).

(٨) قوله: (يتم) بياض في (ش١).

بذلك، كانت المعاوضة فاسدة وغرراً، تارة بيعاً ومعاوضة إن أمسك عن[1] التزويج والطلاق والسفر بها. وتارة سلفاً؛ لأنه إن فعل ذلك رد المال، ولأن فيه[2] غروراً على الزوجة لو علمت أنه بالخيار، لم تعطه ذلك. وعلى ما ذكره ابن شهاب؛ يجوز ويجبر على الوفاء به[3].

(١) في (ب) و(ت): (على).

(٢) قوله: (لأن فيه) ساقط من (ش١).

(٣) قوله: (به) ساقط من (ح).

باب



فيمن زوج ابنه أو ابنته في صحته أو مرضه ثم مات قبل قبض ذلك منه[(١)]



ومن زوج ابنته في صحته، وضمن الصداق عن الزوج، ثم مات قبل أن تقبض الابنة صداقها، فإن خلف وفاء[(٢)]؛ قضي ذلك من تركته، ولم تحاسب به من ميراثها. وإن لم يخلف شيئاً؛ كان الزوج بالخيار، بين أن يدفع ذلك إليها، أو يفارق، ولا شيء عليه[(٣)]، ويكون لها ذلك النصف. على قول مالك وابن القاسم تأخذه من تركة أبيها، متى طرأ له شيء[(٤)]. وعلى قول ابن نافع[(٥)]: لا شيء لها، ويعود ميراثاً. وهذا إذا كان جميع صداقها نقداً، فإن كان النقد خمسين، والمؤخر خمسين، وخلف وفاء[(٦)]؛ قضي لها بجميعه، لأن الموت يحل الأجل. / وإن لم يخلف وفاء[(٧)] وأتى الزوج بالمعجل؛ كان له أن يبني بها. وإن خلف[(٨)] خمسين ديناراً؛ أخذتها[(٩)]، وكانت مفضوضة نصفاً عن المعجل، ونصفاً عن المؤجل، فإن أتى الزوج بتمام المعجل، وهو خمسة وعشرون، بنى بها

(ب) ١٨٩/ب

---

(١) قوله: (منه) ساقط من (ت).

(٢) قوله: (خلف وفاء) بياض في (ش١).

(٣) قوله: (يدفع ذلك إليها، أو يفارق، ولا شيء عليه) بياض في (ش١).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٥٠، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٦.

(٥) قوله: (تركة أبيها، متى طرأ له شيء. وعلى قول ابن نافع) بياض في (ش١).

(٦) قوله: (نقداً، فإن كان النقد خمسين، والمؤخر خمسين، وخلف وفاء) بياض في (ش١).

(٧) قوله: (وفاء) ساقط من (ت).

(٨) قوله: (لم يخلف وفاء وأتى الزوج بالمعجل؛ كان له أن يبني بها. وإن خلف) بياض في (ش١).

(٩) قوله: (أخذتها) ساقط من (ب).

وإلا فارق، وكانت الخمسون التي خلف الميت لها على قول ابن القاسم.

ولو أفلس[١] الأب قبل الدخول فطلب الزوج بالمهر فأداه، ثم دخل كان له الرجوع به على الأب متى أيسر، فإن كان الميت غريماً[٢] ضربت بجميع صداقها، فإن نابها خمسون ديناراً؛ وكان جميع الصداق معجلاً؛ لم يكن له أن يبني بها إلا أن يتم مائة وإن كان نصفه معجلاً و[٣] نصفه مؤجلاً، كانت الخمسون مفضوضة على المعجل والمؤجل. فإن أتى الزوج بخمسة وعشرين ديناراً[٤]؛ بنى بها وإلا فارق.

ثم يختلف[٥] هل ينتقض الحصاص[٦] الأول[٧]، فمن قال: إن الصداق وجب بالعقد، لم ينتزع منها شيء[٨]، ومن قال: إنه مترقب، قال: عليها أن ترد نصف ما قبضته عن المعجل، وهو خمسة وعشرون، ثم تضرب فيها هي والغرماء بما بقي لهم؛ لأنه قد تبين أن دينها خمسون ديناراً، وبها كانت تضرب، وإن كان جميع الصداق مؤجلاً؛ كان للزوج أن يبني بها، وإن لم يخلف الميت شيئاً. فالجواب إذا كان الصداق مؤجلاً على الأب، بخلافه إذا كان على الزوج، فلم يدخل حتى حلَّ المؤجل[٩].

واختلف فيه إذا كان على الزوج هل تمنع نفسها حتى تقبض ما حلّ أم لا؟ وإذا كان المؤجل على الأب، لم يكن ذلك[١٠] لها؛ لأنها دخلت على أن تسلم،

---

(١) في (ح): (فلس).
(٢) في (ح): (غير ما).
(٣) قوله: (نصفه معجلاً و) ساقط من (ب).
(٤) قوله: (ديناراً) ساقط من (ت) و(ح).
(٥) قوله: (ثم يختلف) يقابله في (ح): (ويختلف).
(٦) في (ح): (بالحصاص).
(٧) في (ب): (أولى).
(٨) في (ح): (شيئا).
(٩) في (ح): (الأجل).
(١٠) قوله: (ذلك) ساقط من (ح).

وتتبع ذمة آخر[١] بمنزلة من قال: بع فلاناً فرسك والثمن عليَّ إلى سنة، ففعل، ثم فلس القائل بذلك بعد تسليم الفرس أو قبله - فليس له أن يمنع المبيع[٢]، لأنه دخل على التسليم، وتتبع غير ذمة المشتري على وجه الحمل، فأشبه الحوالة، وهذا إذا كان الحمل[٣] في أصل العقد.

واختلف إذا كان بعد العقد، فقال: ههنا يستوفي ذلك من مال أبيها، إذا وقعت عقدة النكاح بالضمان. يريد فإن كانت بعد؛ لم يكن لها شيء. وقال في كتاب الحمالة: إذا قال: مالكِ على فلان[٤]، فأنا به كفيل، فمات قائل ذلك قبل أن يؤخذ من ذمته؛ فإنه يؤخذ[٥] من تركته[٦]، وعلى[٧] القول الأول ترجع الزوجة على الزوج وكأنه لم يتحمل به أحد.

وعلى القول الآخر تأخذه من تركة أبيها إن خلّف وفاء[٨]. فإن لم يخلّف وفاء وكان الحمل بغير رضا الزوجة؛ عاد الجواب إلى ما تقدم يبقى على الزوج بمنزلته[٩] قبل أن يتحمل عنه، وإن كان برضاها رضيت أن تتحول بحقها في ذمة الأب؛ لم يكن لها أن تحبس نفسها، وكان له أن يدخل بها إلا أن يكون الصداق مؤجلاً، فلا يبرأ[١٠] الزوج، لأن الحمالة بما لا يحل فاسدة.

---

(١) في (ح): (أخرى).
(٢) في (ح): (البيع).
(٣) قوله: (فأشبه الحوالة، وهذا إذا كان الحمل) ساقط من (ب).
(٤) قوله: (إذا قال: مالكِ على فلان) يقابله في (ت): (مالكِ قِبَلَ فلان)، وفي (ح): (إذا قال: وجب قِبل فلان).
(٥) في (ب): (فإنما تؤخذ).
(٦) انظر: المدونة: ٤/ ١٠٠.
(٧) في (ت): (على).
(٨) انظر: المدونة: ٢/ ١٥٠.
(٩) في (ب) و(ت): (بمنزلة).
(١٠) في (ب) و(ت): (فلا يبني).

فصل

[في صداق من زوج ابنه صغيراً أو كبيراً سفيها]

وإن زوّج الأب ابنه، وهو صغير، أو كبيرٌ سفيه؛ كان في[1] الصداق على ثلاثة أوجه: إما أن يشترطه على نفسه، أو على ولده، أو يطلق العقد، ولا يشترطه والولد صغير أو كبير، موسر أو معسر، فإن اشترطه على نفسه؛ لم يؤخذ به الابن، موسراً كان[2] أو معسراً، صغيراً كان أو كبيراً؛ لأن ذلك من الأب على وجه الحمل، وسواء قال: أنا أحمله أو أضمنه؛ لأن العادة في ضمان الأب لذلك أنه على وجه الحمل. وإن اشترطه على الابن، أو أطلق العقد، والابن موسر؛ كان على الابن. وإن كان معسراً وأطلق العقد كان على الأب. قال مالك: يؤخذ به[3] في حياته، ومن رأس ماله بعد وفاته.

واختلف إذا اشترطه على الابن، وهو معسر، فقال ابن القاسم: يكون على الأب[4]. وقال أصبغ: يكون على الابن كما شرط بمنزلة ما[5] لو اشترى له سلعة باسمه، وكتب الثمن عليه قال: وإنما يلزم الأب إذا زوجه مبهماً[6]، ولم يسم على أحد والابن عديم.[7] وقال محمد: هو على الأب إلا أن يقول: لست منه في شيء، وهو لكم على ابني، فهذا إن علم به الابن بعد البلوغ، وقبل البناء؛ كان بالخيار، بين أن يلزمه نفسه، وأن لا[8] يلزمه. وإن بنى قبل أن يعلم؛

---

(١) قوله: (في) ساقط من (ب) و(ح).
(٢) قوله: (كان) ساقط من (ح).
(٣) في (ب): (منه).
(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٥١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٠.
(٥) قوله: (ما) ساقط من (ح).
(٦) في (ح): (منهما).
(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٠.
(٨) في (ب) و(ح): (وإلا لم).

لزمه وسقط عنه ما جاوز صداق المثل[(١)].

وأرى أن تكون الزوجة قبل بلوغ الزوج بالخيار، بين أن تقيم على ذلك، أو تَرُدَّ النكاح؛ لأن عليها في البقاء على أن الزوج بالخيار ضرراً[(٢)].

وإن كان الابن بالغاً رشيداً، فزوجه الأب برضاه، ولم يشترط الصداق على نفسه، ولا على الأب، وقال الأب: إنما أردت أن يكون على الابن. وقال الابن: إنما ظننت أن ذلك على أبي، فلا أغرم شيئاً.

قال مالك: يفسخ النكاح ولا شيء على واحد منهما.

وقال محمد: بعد أن يحلف الأب والابن، فمن نكل منهما لزمه.

وأرى[(٣)] إن نكلا[(٤)]؛ أن يثبت النكاح، ويغرم كل واحد منهما نصف الصداق، وإن لم ينظر في ذلك حتى دخل؛ حلف الأب وبرئ، فإن كان صداق مثلها مثل المسمى فأكثر؛ غرمه الزوج بغير يمين، وإن كان المسمى أكثر حلف وغرم صداق المثل. وإن كتبه الأب باسم الابن وهو موسر، وقال أنا ضامن لك[(٥)] كانت حمالة. وإن حمل الأب الصداق، ثم طلق الابن قبل الدخول؛ رجع نصف الصداق إلى الأب.

واختلف إذا خالع الابن على رد جميع الصداق. فقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: جميع الصداق للأب. وقال ابن الماجشون: للأب النصف وللابن[(٦)] النصف[(٧)]. والأول أصوب؛ لأن قصد الأب بحمل الصداق عن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٠.

(٢) في (ب) و(ت): (ضرر).

(٣) قوله: (أرى) ساقط من (ح).

(٤) قوله: (إن نكلا) ساقط من (ب).

(٥) في (ح): (لكم).

(٦) في (ح): (وللزوج).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٣.

ابنه، أن يراه ذا زوجة، وليحفظ[(١)] عليه دينه، وإذا لم يتم ذلك؛ عاد إليه الصداق، ولهذا قالوا[(٢)] إنه إذا طلق؛ عاد إلى الأب النصف، فالوجه الذي رجع به إليه[(٣)] النصف، يرجع به الجميع. وقال مالك في الرجل الشريف[(٤)]؛ يزوج الرجل ويضمن عنه الصداق: لا يتبع المضمون عنه بشيء[(٥)].

فصل

[في الأب يزوج ابنه الصغير في مرضه]

وقال مالك في الأب يزوج ابنه[(٦)] الصغير في مرضه، ويضمن عنه الصداق؛ فلا يجوز الضمان، لأنها وصية لوارث. واختلف قوله في صحة النكاح. فقال/ مرة: لا يعجبني؛ يريد: ويفسخ. وقال مرة[(٧)]: النكاح جائز[(٨)]. قال ابن القاسم: وينظر له وصيه بعد موت الأب، فإن رأى وجه عطية دفع من ماله، وإلا فسخه، وإن صحَّ الأب ثبت النكاح والضمان.

(ب) ١٩٠/أ

وأرى النكاح جائزاً، وإن لم يصح[(٩)] إذا كانوا لا يعرفون[(١٠)] وجه العلم في ذلك ويرون أن الضمان صحيح وأنه من رأس المال، فإن نظر فيه في حياة الأب، قيل للأب: إن كنت لا ترى كونه في ذمة الابن نظراً، فافسخه. وإن كان عندك صواباً، فأثبته عليه، إلا أن لا[(١١)] ترضى الزوجة، أو وليها بذلك إذا كان

---

(١) في (ب) و(ت): (ويحفظ).
(٢) قوله: (قالوا) ساقط من (ت).
(٣) قوله: (رجع به إليه) يقابله في (ح): (به يرجع).
(٤) قوله: (الشريف) يقابله في (ح): (يكون له الشرف).
(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٥٠.
(٦) في (ح): (ولده).
(٧) قوله: (مرة) ساقط من (ب).
(٨) انظر: المدونة: ٢/ ١٥١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٥
(٩) في (ت): (يستحق).
(١٠) في (ب): (يفرقون).
(١١) قوله: (لا) زيادة من (ح).

لا يدري هل يصير له من الميراث مثل الصداق، أو يصح الأب فيكون الصداق في ذمة فقير[1] فلها في ذلك مقال؟

وإن لم ينظر فيه حتى مات الأب؛ كان النظر للوصي[2] ، فإن رأى إثباته صح، إلا أن يكون ما صار له من الميراث ما لا يوفي بالصداق، فيكون لها في ذلك مقال، وإن كانوا يعلمون أن ذلك موقوف على إجازة الورثة، فإن كرهوا؛ سقط الصداق، وكان النكاح فاسداً.

فصل

[فيمن زوج ابنته في مرضه]

ومن زوّج ابنته في مرضه وضمن الصداق عن الزوج كان النكاح جائزاً.

واختُلف في الصداق فقال مالك: هي عطية للزوج من الثلث، فإن كان أكثر من الثلث؛ رد الزائد[3]. وقال ابن القاسم وأشهب: هي عطية للابنة، ولا شيء لها فيه. قالا في العتبية: ويقال للزوج أدِّ الصداق من مالك، ويتم النكاح، فإن أبى؛ فارَق ولا شيء عليه[4].

واختلف بعد القول إنها عطية للزوج، إذا طلق قبل البناء، فقال مالك وابن الماجشون: لها النصف من ثلثه، ولا شيء للزوج[5] في النصف الباقي. وقال ابن دينار: لا شيء لها؛ لأنه أعطى على إن هي دخلت ثبت لها[6].

وقول مالك: إن لم يقع طلاق أحسن؛ لأنها عطية للزوج، والابنة تأخذ[7]

---

(١) في (ح): (معين).

(٢) قوله: (للوصي) يقابله في (ح): (إلى الموصى).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٥، ٤٢٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٥.

(٥) في (ب): (للزوجة).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٢٦.

(٧) في (ح): (تأخذه).

بالمعاوضة عن نفسها، والزوج يأخذ بالهبة إلا أن يكون فيه فضل عن صداق مثلها، فيسقط الزائد؛ لأنه هبة لها. وأما إن طلق وكان الطلاق على[1] اختلاف وشنآن حدث؛ كان لها النصف؛ لأن النكاح تقدم بوجه صحيح، ولم يتقدم ما يدل على التهمة.

---

(١) في (ح): (عن).

باب



في النكاح بربع[1] دينار، وفي وجوب الصداق ومنع الهبة في النكاح[2]، وفي النكاح بالإجارة، أو على أن يحججها[3]، أو على أن يكون الصداق إلى أجل معلوم، أو مجهول، أو بدين على غير الزوج، أو على ما يخرج من يد الزوج[4] ولا تملكه الزوجة[5]

الصداق واجب لقول الله تعالى: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤]. وإسقاطه ممنوع؛ لقول الله سبحانه في الهبة[6]: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾. [الأحزاب: ٥٠] فالصداق يتضمن حقين:

حقاً لله سبحانه وتعالى لا يجوز إسقاطه، وهو ربع دينار، أو ثلاثة دراهم نقرة، أو ما يقوم مقامهما[7].

وحقاً لها، وهو ما بعد ذلك إلى صداق مثلها[8]، فلها أن تسقطه إن شاءت.

فأكثر الصداق لا حدَّ له وهو على ما يتراضيان[9] عليه من رخص، أو غلاء كالبياعات. وأقله له حد لا يقتصر على[10] دونه وهو حق لله تعالى.

---

(١) في (ب): (في النكاح بأقل من ربع).

(٢) قوله: (في النكاح) ساقط من (ب).

(٣) في (ش١): (يحجها).

(٤) قوله: (من يد الزوج) ساقط من (ش١).

(٥) في (ح): (باب: في النكاح وفي النكاح بإجارة أو على أن يحججها أو بأقل من ربع دينار وفي وجوب الصداق أو مجهول أو بدين على غير الزوج أو على ما يخرج من يد الزوج ولا تملكه الزوجة).

(٦) قوله: (في الهبة) ساقط من (ش١).

(٧) في (ح): (مقامها).

(٨) في (ش١): (المثل).

(٩) في (ح): (تراضيا).

(١٠) قوله: (على) ساقط من (ش١).

وقد اختلف في حد أقلّه فقال مالك: ربع دينار أو ثلاثة دراهم، أو ما يساوي أحدهما، وقيل: ما يساوي ثلاثة دراهم[١]، وهو موافق لقول ابن القاسم في السرقة: إنها تُقوَّم بالدراهم[٢]. وقال ربيعة وابن وهب في كتاب ابن حبيب: يجوز النكاح بالدرهم[٣]، والسوط[٤] والنعلين اتباعاً للحديث. وقال ربيعة في كتاب ابن شعبان: يجوز بنصف درهم[٥] لقول النبي ﷺ: «**التَمِسْ وَلَوْ خَاتَمَاً مِنْ حَدِيدٍ**». وقد خرج هذا مخرج التقليل، ولقوله: «**زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ**» فقال في كتاب مسلم: «**فَعَلِّمْهَا مِنَ القُرْآنِ**»[٦]، ولم يقل في الأول: ايتِ بها قيمته ربع دينار، ولا في الثاني علّمها ما يكون قيمة ذلك، فلو كان محدوداً بينه كما بين نصاب السرقة والزكاة، ولأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

واحتج من قال إنه لا يكون أقل من ربع دينار بقول[٧] الله تعالى: ﴿**أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم**﴾، وبقوله[٨] تعالى: ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ**﴾ الآية [النساء: ٢٥]. وكل هذا يقتضي كونه له بال؛ إذ لا يتعذر[٩] في الغالب الدرهم والدرهمان، وليس هذا بالبين؛ لأن الآية الأولى

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٥٢، والتلقين: ١/ ١١٤.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٢٧.

(٣) انظر: المقدمات الممهدات: ١/ ٢٤٥.

(٤) في (ش١): (والشرك).

(٤) في (ح): (الدرهم).

(٦) أخرجه البخاري: ٥/ ١٩٦٨، في باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، من كتاب النكاح، برقم (٤٨٢٩)، ومالك في الموطأ: ٢/ ٥٢٦، في باب ما جاء في الصداق والحباء، من كتاب النكاح برقم (١٠٩٦). والزيادة التي أشار لها المؤلف أخرجها مسلم، في كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن...: ٢/ ١٠٤٠، برقم (١٤٢٥)

(٧) في (ب) و(ت): (لقول).

(٨) في (ب) و(ت): (ولقوله).

(٩) في (ب): (يغرم)، وفي (ح): (يعدم).

تقتضي أن لا يكون صداقاً[١]، إلا ما يقع عليه اسم مال. وثلاثة دراهم ليست بمال. قال الله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣] فالصدقة لا تجب في ثلاثة دراهم.

وقال محمد فيمن أقر لرجل بمال: فأقله ما تجب فيه الزكاة، وإنما مخرج الآية على المعتاد مما يتزوج به النساء. وقد علم أنهن لا يتزوجن إلا بما له قدر، وبال مما يعجز عنه كثير من الرجال. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ [النساء: ٢٥]، يريد: لا يستطيع ما العادة[٢] أن المرأة لا تتزوج إلا به، ولا يصح[٣] أن يقال أنه لا يعجز عن درهمين ونصف، وثلاثة إلا[٤] ربع[٥]، ويعجز عن ثلاثة.

وقال[٦] أبو محمد عبد الوهاب في حده بربع دينار؛ لأنه عضو[٧] محرم يتناوله حق لله[٨] تعالى، لا يستباح إلا بمال، فوجب أن يكون مقدراً أصله، قطع اليد في السرقة، والزكاة والكفارات[٩]. وهذا أيضاً[١٠] ليس بالبين؛ لأن اليد إنما قطعت في ربع دينار؛ نكالاً لما عصت، والنكاح يستباح[١١] / بوجه جائز[١٢]؛ فكان يكون الصداق خمس مائة، كاليد[١٣] إذا لم تعصِ.

(ب)
١٩٠/ب

---

(١) في (ب) و(ت): (الصداق).

(٢) قوله: (يريد: لا يستطيع ما العادة) يقابله في (ش١): (لا يستطيع، يريد: ما العادة).

(٣) في (ح): (ولا يصلح).

(٤) في (ح): (غير).

(٥) قوله: (وثلاثة إلا ربع) يقابله في (ش١): (وثلاثة الأرباع).

(٦) في (ش١): (وقاله).

(٧) في (ح): (عوض).

(٨) في (ش١): (الله).

(٩) انظر: المعونة: ١/ ٤٩٨.

(١٠) قوله: (أيضاً) ساقط من (ب).

(١١) في (ح): (مستباح).

(١٢) قوله: (جائز) ساقط من (ش١).

(١٣) في (ش١): (كاملة).

واختُلف فيمن تزوج بدرهمين؛ فقال ابن القاسم: إن لم يدخل[١]، فإن[٢] أتم لها[٣] ثلاثة دراهم، وإلا فرق بينهما، وإن دخل؛ أجبر على أن يتم ربع دينار، وإن طلق قبل البناء، كان لها نصف الدرهمين؛ لأنه صداق مختلف فيه[٤].

وقال غير ابن القاسم: يفسخ قبل البناء[٥]، ويثبت[٦] بعد، ولها صداق المثل[٧][٨]. والأول أصوب؛ فلا يفرق بينهما قبل البناء إن أتم ربع دينار لقوة الخلاف فيه[٩]، وإن دخل ثبت وكان لها ربع دينار؛ لأنها وهبت ما هو حق لله، وحق لها، فردت هبتها فيما هو حق لله تعالى، ومضت هبتها في حقها، وعلى ما ذكره سحنون، لا يكون لها شيء إن طلق قبل البناء.

واختلف إذا لم يُتم قبل البناء ربع دينار وفرق بينهما، فقال محمد: لها نصف الدرهمين[١٠].

وقال ابن حبيب: لا شيء لها، وهو أصوب؛ لأن الحكم، مضى بأنه فاسد، وذلك العوض[١١] يرفع الخلاف[١٢]، ولأنه إذا حيل بينه وبين ما اشتراه، وبذل

---

(١) قوله: (إن لم يدخل) ساقط من (ب). (٢) قوله: (فإن) ساقط من (ش١).

(٣) قوله: (لها) ساقط من (ب) و(ح).

(٤) قوله: (وإن دخل؛ أجبر على أن يتم...؛ لأنه صداق مختلف فيه) ساقط من (ش١). وانظر: المدونة: ٢/ ١٥٢.

(٥) قوله: (البناء) ساقط من (ب) و(ت) و(ح). (٦) قوله: (يثبت) ساقط من (ب) و(ح).

(٧) قوله: (بعد، ولها صداق المثل) يقابله في (ش١): (وإن أتم الزوج ربع دينار).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٤٩، ٤٥٠.

(٩) قوله: (فيه) زيادة من (ح).

(١٠) في (ح): (لها نصف الصداق وهو الدرهمان)، وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٤٩.

(١١) قوله: (العوض) زيادة من (ح). (١٢) في (ب): (الخطاب).

له الثمن؛ لم يستحق العوض عنه[١].

واختُلف إذا تزوجت على أن لا صداق، أو وهبت نفسها على وجه النكاح في فسخه أو فيما تستحق من الصداق.

فقال ابن القاسم: يفسخ قبل البناء وبعده، ثم رجع فقال: يفسخ قبل ويثبت بعد ولها صداق المثل[٢].

وقال ابن حبيب: أما نكاح الهبة، فإن عيَّن[٣] في الهبة النكاح بغير صداق، فذلك غير جائز. وإن أصدقها ربع دينار فصاعداً جاز[٤]؛ وهو لازم، عثر عليه قبل البناء أو بعده، وإن عيَّن في الهبة[٥] غير النكاح، ولا هبة الصداق، ولكن وهبت نفسها؛ فذلك فاسد، يفسخ قبل ويثبت بعد، ولها صداق مثلها[٦]، فجعله بالخيار إذا تزوج على أن لا صداق بعد[٧]، فإن أحب فرض ربع دينار، ولزمها النكاح[٨]، أو فارق، ولا شيء عليه ولا يجبر على ربع دينار؛ لأنه دخل على أن لا شيء عليه. وقال أشهب في كتاب محمد: لها ربع دينار إن دخل بها. وهو أحسن؛ لأن الزائد على ربع دينار من حقوقها[٩] فهبتها فيه جائزة.

---

(١) في (ش١): (منه).

(٢) قوله: (ولها صداق المثل) ساقط من (ب) و(ح). وانظر: المدونة: ٢/ ١٢٨، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٥١.

(٣) في (ت): (عيَّن).

(٤) قوله: (جاز) ساقط من (ب) و(ش١).

(٥) في (ت): (عيَّن).

(٦) في (ح): (المثل). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٠.

(٧) قوله: (بعد) زيادة من (ت).

(٨) قوله: (النكاح) زيادة من (ت).

(٩) قوله: (من حقوقها) يقابله في (ح): (حق لها).

فصل

[في النكاح على الإجارة]

اختلف في النكاح على الإجارة أو على أن يحجها على ثلاثة أقوال؛ فكرهه مالك في كتاب محمد، وأجازه أصبغ، ومنعه ابن القاسم. وقال في العتبية في النكاح على الإجارة: يفسخ قبل ويثبت بعد ولها صداق المثل، ويرجع عليها بقيمة عمله. قال: وما ذكره الله تعالى في نكاح موسى عليه السلام؛ فإن الإسلام على غيره، إلا أن يكون مع[1] الإجارة غيرها[2].

قال في كتاب محمد، في النكاح على الإجارة: يفسخ قبل، ويثبت بعد، ولها صداق المثل، إلا أن يكون مع الحجة غيرُها؛ فيجوز، فإن ماتت لم يكن لورثتها[3] إلا حجة يكرونها، وإن مات هو أكري[4] لها من ماله، ويقام لها بنفقتها[5] ومصلحتها، وإن أحبت أكرت ذلك ممن أرادت، وإن طلقها كان لها قيمة[6] نصف ذلك[7].

والقول بجواز[8] جميع ذلك أحسن والإجارة والحج كغيرهما من الأموال التي تمتلك وتباع وتشترى، وإنما كره ذلك مالك؛ لأنه يستحب أن يكون الصداق معجلاً.

والإجارة والحج في معنى المؤجل. وأجازه أشهب في كتاب محمد، وإن لم

---

(١) في (ب): (على).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٢٣، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٥.

(٣) في (ش١): (للورثة).

(٤) في (ح): (كوري).

(٥) في (ح): (نفقتها).

(٦) في (ش١): (تملك).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٦، ٤٦٧.

(٨) قوله: (جواز) ساقط من (ح).

يضرب أجلاً قال: وكل من تزوج بشيء فهو حالٌّ فإذا حل زمن[(١)] الحج؛ وجب ذلك عليه[(٢)].

واختلف في بنائه بها[(٣)] قبل أن يحجها؛ فمنعه ابن القاسم إلا أن يقدم[(٤)] ربع دينار، وقول أشهب أن له أن يبني بها[(٥)] قبل أن يحجها[(٦)] ويجبرها على ذلك، لأنه قال: ذلك بمنزلة من تزوج بمائة دينار إلى سنة، فله أن يبني بها[(٧)]. يريد: ويجبرها على البناء، فإذا أتى أوان الحج حج بها، إلا أن يأتي أوان الحج قبل أن يبني بها؛ فلا يكون ذلك له، حتى يحجها كالدين يحل عليه قبل البناء، فتمنعه نفسها حتى يدفع ذلك إليها.

فصل

[في النكاح بالدين]

والنكاح بالدين يكون للزوج على غيره جائز، إذا كان موسراً غير ممتنع من القضاء، فإن كان حالًّا؛ جاز إذا كان ربع دينار فأكثر، وإن كان مؤجلاً؛ جاز إذا كانت قيمته على النقد ربع دينار فأكثر، ويؤمر أن لا يبني بها[(٨)] حتى تقبض منه ربع دينار أو يدفعه الزوج إليها ويرجع به[(٩)] على الغريم، وكذلك إن تزوج بدين يكون في ذمته فلا يدخل حتى يقدم[(١٠)] منه ربع[(١١)] دينار.

---

(١) قوله: (فإذا حل زمن) ساقط من (ش١).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٧.

(٣) قوله: (بها) زيادة من (ح).

(٤) في (ح): (يتقدم).

(٥) قوله: (بها) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (قبل أن يحجها) زيادة من (ح).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٧.

(٨) قوله: (بها) زيادة من (ح).

(٩) في (ح): (بها).

(١٠) في (ب): (يغرم).

(١١) قوله: (إليها. فصل: والنكاح بالدين يكون للزوج... يقدم منه ربع) بياض في (ش١).

وقال[1] مالك في كتاب محمد: لأنه يخاف أن يصيبها ثم تتصدق عليه بصداقها[2]. وأجاز ذلك مرة، وقال: لأنه حق لها، ولو[3] شاءت باعته وقبضت ثمنه[4]. والأول أحوط، وقد روي عن النبي ﷺ **أنه أَمَرَ رجلاً أن لا يَبْنِيَ بامرأته حتَّى يُعْطِيَها شيئاً**[5]. وقال ابن[6] عمر: لا يصلح للرجل أن يقع على امرأته حتى يعطيها شيئاً من ماله ما رضيت به، كسوة أو غطاء[7].

قال ابن شهاب: وذلك مما عمل به المسلمون، ورأوه حسناً من الحق عليهم.

فصل

[في النكاح بصداق مؤجل]

واختُلف في النكاح بصداق مؤجل، وإن قرب[8] الأجل.

وقال فيمن تزوج بثلاثين نقداً وثلاثين إلى أجل، لا يعجبني وليس من نكاح من[9] أدركت[10]. يريد: أن الصدقات كانت نقداً. وأجازه أصحابه إلى أربع سنين وجعلوه في أكثر من هذا على ثلاثة أوجه: جائز، ومكروه، وفاسد[11].

---

(١) في (ح): (قال).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٧.

(٣) في (ح): (لو).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٨.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه: ١/ ٦٤٦، في باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، من كتاب النكاح، برقم (٢١٢٦).

(٦) قوله: (ابن) ساقط من (ح).

(٧) لم أقف عليه، وفي مصنف ابن أبي شيبة: ٣/ ٤٩٩، من كتاب النكاح، برقم (١٦٤٤٧) عَنِ ابْنِ عُمَرَ قَالَ: «لاَ يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَدْخُلَ عَلَى امْرَأَةٍ حَتَّى يُقَدِّمَ إليها ما قَلَّ، أَوْ كَثُرَ».

(٨) في (ب): (فوت).

(٩) قوله: (من) ساقط من (ح).

(١٠) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٠، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٦١.

(١١) في (ب) و(ت): (جائزاً ومكروهاً وفاسداً).

واختُلف فيما بعد الأربع سنين[(١)] إلى العشرين سنة[(٢)] بالجواز والكراهية من غير فسخ، واختُلف في فسخ ما زاد على العشرين سنة[(٣)] إلى الخمسين والستين. وإن[(٤)] كان أكثر من ذلك فسخ على كل حال، فكرهه ابن القاسم في كتاب محمد[(٥)] فيما زاد على الأربع. وكرهه ابن وهب فيما زاد على الخمس[(٦)]. وأجازه أصبغ إلى عشرين سنة. قال: وقد زوج أشهب ابنته، وجعل الصداق إلى اثنتي عشرة سنة[(٧)]، وقال ابن وهب: يفسخ فيما زاد على العشرين سنة. وقاله ابن القاسم، ثم رجع فقال: يمضي ما لم يبعد جدّاً مثل الأربعين، ثم رجع فقال: لا يفسخ إلا أن يكون مثل خمسين وستين، فيكون بمنزلة من جعل النقد إلى موت، أو فراق[(٨)]، ولو فسخ قبل[(٩)] في الأربعين لم أعبه[(١٠)].

وحكى ابن حبيب عن ابن وهب وابن القاسم أنه يفسخ/ فيما زاد على العشر[(١١)] ثم رجع عنه ابن القاسم، وهذا خلاف قولهما في كتاب محمد.[(١٢)] فكره مالك الأجل وإن قرب حماية؛ لئلا يتذرع الناس إلى النكاح بغير صداق، ويظهروا أن هناك صداقاً، ثم يسقط قبل القبض لما علم من كثير من الناس أنهم يظهرون من السماع في الصداق خلاف ما ينطقون به[(١٣)]. وأما العشر

(ب)
١٩١/أ

(١) قوله: (سنين) زيادة من (ش١).
(٢) قوله: (سنة) زيادة من (ت).
(٣) قوله: (سنة) ساقط من (ب) و(ح).
(٤) في (ح): (وإذا).
(٥) في (ب): (ابن محمد).
(٦) في (ب): (الخمسين).
(٧) قوله: (إلى اثنتي عشرة) يقابله في (ح): (اثنتي عشر).
(٨) قوله: (أو فراق) ساقط من (ب) و(ح).
(٩) قوله: (قبل) زيادة من (ح).
(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦١، ٤٦٢.
(١١) في (ح): (العشرين).
(١٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٢.
(١٣) قوله: (ما ينطقون به) يقابله في (ح): (ما يفطنون).

سنين ونحوها؛ فيكره[1] لأنه لا يدرى كيف تكون الذمة عند انقضاء الأجل. وأما العشرون والثلاثون؛ فتمنع لأنها مدة يتحين[2] لوقوع الموت فيها، فيتعجل الصداق في الثلاثين إن كان شابّاً، وفي العشرين إذا كان كهلاً، وفي العشر[3] إذا كان شيخاً؛ لأن كل ذلك مما يتوقع فيه البائع الموت وتعجيل الثمن.

فصل

[فيمن نكح بصداق مؤجل وفاته البناء]

واختلف إذا كان الأجل لموت[4] أو فراق وفات بالبناء، فقال مرة: لها صداق المثل. وقال مرة: يقوم ذلك المسمى بالنقد فتعطاه[5]. ومحمل هذا على أن العادة في[6] التأخير إلى موت أو فراق، ولا يعرفون غيره كما قيل في الأرض تكرى بالجزء أنه[7] إن لم تكن عادته[8] في الكراء بغيره[9] قَوَّم ذلك الجزء لأنها ضرورة، لأن القيم إنما تكون على الأثمان[10] المعتادة، فإن لم تكن عادة في ثمن صحيح قُوِّم[11] على ما اعتادوه من الفساد[12].

واختلف إذا تزوجت بمائة نقداً، وبمائة[13] إلى موت أو فراق، فقيل: لها صداق المثل مطلقاً. وقيل: صداق المثل ما بلغ ما لم ينقص من المائة فإن نقص من المائة فقالت: أنا أسقط المائة[14] المؤجلة؛ فيصح وإن كان أكثر من المائتين

(١) في (ح): (فتكره).
(٢) في (ب) و(ت): (يتحسر).
(٣) في (ح): (العشرين).
(٤) في (ح): (إلى الموت).
(٥) في (ح): (فيعطى). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٢.
(٦) قوله: (في) زيادة من (ح).
(٧) في (ت): (لأنه).
(٨) في (ح): (عادة).
(٩) في (ح): (لغير).
(١٠) في (ح): (الإتمام).
(١١) في (ش١): (يقوم).
(١٢) في (ب) و(ت): (الفاسد).
(١٣) في (ح): (أو مائة).
(١٤) قوله: (المائة) زيادة من (ح).

فقالت: أنا أتمسك بها، فيجري[١] الجواب[٢] على أحكام الفاسد. وقيل: لها صداق المثل ما لم ينقص عن[٣] المائة، أو يزيد على المائتين، لأن الزوج يقول: إنما دخل الفساد لمكان الأجل، فإذا أسقطه[٤] فيصح[٥] كما كان يصح إذا أسقطتها هي. وقيل: ينظر إلى قيمتها من المائة المعجلة؛ فإن كان ثلثاً[٦]، أخذت المائة المعجلة، وثلث صداق المثل. وقيل: يقوم على غررها[٧] فتأخذ[٨] تلك القيمة مع المائة. وهذا يصح إذا كانت العادة عندهم على مثل ذلك[٩]، بعضه نقداً، وبعضه إلى مثل ذلك[١٠] الأجل لا يعرفون غيره[١١].

ويختلف إذا كانت العادة التأخير إلى موت، أو فراق، ولم يشترطاه، هل يكون جائزاً ولها أن تأخذه متى أحبت؛ لأن الأصل الحلول والتأخير مكارمة. أو يكون فاسداً للعادة؟ وقد اخْتَلَفَ قولُ مالكٍ في هدية العرس[١٢]، فقال مرة: لا[١٣] يقضى بها لأنها صارت عادة كالشرط، ومرة قال: لا يقضى بها، وتبقى على الأصل أنها مكارمة، فكذلك[١٤] هذه.

---

(١) في (ح): (يجري).
(٢) قوله: (الجواب) ساقط من (ح).
(٣) في (ح): (من).
(٤) قوله: (فإذا أسقطه) ساقط من (ب)، وفي (ح): (فأنا أسقط).
(٥) قوله: (واختلف إذا تزوجت بمائة نقداً،... فإذا أسقطه فيصح) بياض في (ش١).
(٦) في (ح): (فإن كانت ثلاثاً).
(٧) في (ب): (عذرها).
(٨) في (ب): (فيأخذ).
(٩) قوله: (مثل ذلك) يقابله في (ب): (تلك العادة).
(١٠) قوله: (بعضه نقداً، وبعضه إلى مثل ذلك) ساقط من (ح).
(١١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٦٢- ٤٦٥.
(١٢) قوله: (هدية العرس) يقابله في (ش١): (هذين الفرعين).
(١٣) قوله: (لا) زيادة من (ب) و(ت).
(١٤) في (ح): (وكذلك).

فصل

[فيما إذا كان الصداق ربع دينار]

واختُلف إذا كان الصداق ربع دينار وثمراً لم يبد صلاحه[١] ، أو آبقاً أو جنيناً فأسقطت[٢] الزوجة ما سوى العين، أو عجّل الزوجُ قيمةَ ذلك على السلامة، هل يمضي النكاح؟

فقال أصبغ في كتاب محمد: يفسخ النكاح إلا أن ترضى الزوجة بربع دينار، أو[٣] يرضى الزوج بتعجيل قيمة الآبق فيثبت[٤]. فعلى هذا إذا كان مكان الآبق ثمر؛ لم يبد صلاحه[٥] فرضيت بإسقاطها، أو رضي الزوج[٦] بتعجيل قيمته على السلامة؛ ثبت النكاح. قال: وإن لم ينظر في ذلك حتى قدم الآبق، أو سلمت الثمرة، أو خرج الجنين؛ فسخ إن لم ترضَ الزوجة بربع دينار، أو يرضَ الزوج[٧] أن يمضي ذلك لها[٨]، فيمضي النكاح، قال: ولا أجبره[٩] على تسليمه. وعلى هذا إن تزوجت بمائة دينار[١٠] نقداً أو بمائة إلى موت أو فراق فلم يدخل فرضيت بإسقاط المائة الثانية أو رضي الزوج بتعجيلها[١١] - ثبت النكاح، ولم يفرق بينهما.

فصل

[في الصداق على ما تملكه المرأة]

ويجوز أن يكون الصداق على ما تملكه المرأة وإن لم يتقرر[١٢] ملكها عليه

---

(١) قوله: (لم يبد صلاحه) يقابله في (ح): (لم يصلح).

(٢) في (ح): (وأسقطت).

(٣) في (ح): (و).

(٤) في (ح): (فثبت). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧١.

(٥) في (ت) و(ح): (لم يصلح).

(٦) قوله: (الزوج) زيادة من (ش١).

(٧) قوله: (يرضَ الزوج) يقابله في (ح): (ترضي الزوجة).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧١.

(٩) في (ب): (أجيزه).

(١٠) قوله: (دينار) ساقط من (ب).

(١١) في (ب) و(ت): (بتعجيله).

(١٢) في (ح): (يقرر).

كأبيها[١] وأخيها؛ لأن عتقه عليها بعد صحة ملكها له.

واختُلف إذا تزوجها على ما يخرجه الزوج من يده، ولا تملكه الزوجة، فتقول[٢]: أتزوجك على أن تعتق عبدك عن نفسك، أو عني، على ثلاثة أقوال: فقيل: جائز، وقيل: لا يجوز لأنها لم تملك ذلك[٣]. وقيل: إن قالت أتزوجك على أن[٤] تعتقه عني؛ جاز، لأنها ملكته والولاء لها. وإن قالت تعتقه عن نفسك، أو تعتقه مطلقاً، ولم تقل[٥]: عني ولا عنك؛ لم يجز لأن الولاء للسيد، ولم تملك شيئاً.

وكذلك إن قالت: أتزوجك على أن تعتق أبي عني أو عنك، ولم[٦] تشترط عتقه عنها ولا عنه. يختلف هل يجوز في الوجهين جميعاً أو يفسد أو[٧] يجوز، إن قالت عني ولا يجوز إن قالت عنك أو[٨] أطلقت؟ وكذلك إن تزوجته على أن يهب عبده لفلان، وقالت[٩]: عني أو لم تقل على[١٠] الخلاف المتقدم[١١].

قال الشيخ[١٢] وأرى أن يجوز جميع ذلك؛ لأنه مال أخرجه عن ملكه عوضاً عن النكاح، فلا شيء عليه أخذته أو وهبته أو شرطت[١٣] فيه عتقاً، فإن كانت الهبة والعتق عنها جاز، إذا كانت قيمته ربع دينار. وإن فعل ذلك من[١٤] نفسه؛ جاز إذا كان الذي يحط من قيمته لأجل ذلك الشرط ربع دينار.

---

(١) في (ت) و(ح): (كابنها). (٢) في (ح): (فيقول).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٥٩، وانظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٢٧٤

(٤) قوله: (أتزوجك على أن) ساقط من (ب) و(ح).

(٥) في (ح): (ولم يقل). (٦) في (ح): (أو لم).

(٧) في (ح): (أم يفسد و). (٨) في (ح): (و).

(٩) في (ح): (أو قالت). (١٠) في (ح): (فعلى).

(١١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٢، ٤٧٣. (١٢) قوله: (قال الشيخ) ساقط من (ب) و(ش١).

(١٣) قوله: (فلا شيء عليه أخذته أو وهبته أو شرطت) بياض في (ش١).

(١٤) في (ح): (عن).

باب



الحكم في الصداق إذا طلق قبل البناء، أو كان النكاح فاسداً، وإذا ملك أحد الزوجين الآخر، أو ارتد، أو أعتقت الأمة، أو حدث رضاع



وقال مالك فيمن تزوج على تسمية صداق ثم طلق قبل البناء: فلها نصف تلك التسمية، وكذلك إن تزوجت على تفويض وهي مولى عليها، ففرض الزوج صداق المثل؛ لزمها ولا مقال لها ولا للولي. وإن فرض أقل فَرَضِيَ الوصي[1] والزوجة به[2] - جاز. وإن رضي أحدهما به دون الآخر- لم يلزم، هذا ظاهر قوله[3].

وأرى أن يمضي إذا رضي الوصي وحده؛ لأن النظر في المال وما يراه سداداً[4] إليه، والرضا[5] بالتزويج وبالزوج إليها. فإذا رضيت بذلك الرجل؛ كان النظر في المال إلى الوصي، ولو لم يتقدم عَقْدٌ، فَرَضِيَ الوصي بصداق المثل، وقالت: لا أرضى -كان ذلك لها؛ لأن لها ألا تتزوج جملة، وإن بذل أضعاف صداقها فلها ألا تتزوج، وكذلك إذا قالت: لا أتزوجه إلا بكذا؛ بمثل[6] صداقها، بخلاف التفويض؛ لأنها رضيت بالزوج وتزوجته، ولا ميزة/[7] عندها فيما هو سداد[8] لها في المال، إلا أن تقول[9]: علمت أن التفويض يوجب

(ب) ١٩١/ب

---

(١) في (ح): (الولي).
(٢) قوله: (به) ساقط من (ش١).
(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٨٦، ١٦٣، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٣.
(٤) في (ب): (صلاحاً).
(٥) في (ب) و(ت): (وبالرضا).
(٦) في (ت): (بمثلي)، وفي (ح): (لمثل).
(٧) في (ح): (ولا ميز).
(٨) في (ت): (سواء).
(٩) في (ح): (يقول).

ألا تقبل[١] من الزوج دون صداق المثل - فلها في ذلك[٢] شُبهَةٌ.

واختلف في البكر لا أب لها ولا وصي إذا رضيت بأقل من صداق المثل، فلم يجز ذلك ابن القاسم، وحملها على السفه[٣]. وحكى سحنون عن غيره أنه أجازه[٤]. وهذا محتمل لوجهين: أن يكون ذلك لأنه رآها على الرشد كالصبي، فقد اختلف هل يحمل[٥] بالبلوغ على الرشد لو قال[٦] ذلك؟ مع كونها عنده على السفه؛ لأنها في غير حجر. وقد أجاز أشهب أفعال السفيه[٧] إذا لم يكن محجوراً عليه[٨].

ويُختَلف أيضاً في الثيب مع وجود الأب وعدمه، هل تحمل على الرشد؟ فقال مالك في كتاب الحمالة: إن تحملت الثيب لزمها بخلاف البكر. فحملها على الرشد. فكل موضع تصح فيه التسمية ثم يقع الطلاق، وجب الرجوع على الزوج[٩] بنصف الصداق لقوله سبحانه: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. ولما فارق النكاح البيع، وكان من اشترى سلعة ثم كرهها قبل القبض؛ باعها وأخذ العوض عنها، ومن تزوج امرأة ثم كرهها قبل البناء؛ فارق إن شاء، ولم يجز له بيع ذلك المشترى، وكان[١٠] لها أن تبيع ذلك وتأخذ عنه عوضاً آخر[١١] من غيره. وجعل الصداق

---

(١) في (ح): (ألا يقبل).

(٢) قوله: (في ذلك) يقابله في (ح): (بذلك).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٦٣.

(٤) في (ح): (أجازها). وانظر المسألة في النوادر والزيادات: ١٠/ ٩٤، والبيان والتحصيل: ١٠/ ٤٨٥.

(٥) في (ح): (تحمل).

(٦) قوله: (لو قال) يقابله في (ح): (وقال).

(٧) في (ح): (السفه).

(٨) قوله: (عليه) ساقط من (ح).

(٩) قوله: (على الزوج) ساقط من (ب) و(ح).

(١٠) قوله: (كان) ساقط من (ش١).

(١١) في (ح): (أخذ).

بينهما حكمة من الله تعالى، لما كان لكل واحد منهما مقال، ولم يسقط أيضاً عن الزوج في الطلاق جميع الصداق؛ لأنها تقول: بعت[1] شيئاً فاقبضه وادفع العوض عنه، ولي فيك رغبة وأكره الفراق. ولأن النكاح خارج عن حقيقة البيع؛ لأن[2] كل واحد من الزوجين يستمتع بالآخر، ولهذا جعل الله عز وجل لها في عدم الوطء مقالاً في الإيلاء وأن تقوم بالفراق.

فصل[3]

[في الصداق إذا وقع الطلاق باختيار الزوج]

النصف يجب للزوجة[4] إذا كان الطلاق باختيار من الزوج، فإن كان باختيارها[5] لحدوث عيب بالزوج جنون أو جذام أو برص[6]؛ فلا شيء لها[7].

واختلف إذا كان الطلاق لعدم الصداق أو لعجز عن النفقة؛ فقال ابن القاسم في العتبية: لها نصف الصداق[8]. وقال ابن نافع: إن جن أو عجز عن[9] الصداق فلا شيء لها.

ورأى[10] أن قيامها بالفراق لحدوث العيب والفقر سواء، ولأنها[11] بمنزلة من باع سلعة فأعسر المشتري بالثمن، فالبائع بالخيار بين أن يأخذ سلعته

---

(١) قوله: (بعت) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (ولأن النكاح خارج عن حقيقة البيع؛ لأن) بياض في (ش١).

(٣) قوله: (فصل) ساقط من (ش١).

(٤) في (ح): (للزوج).

(٥) في (ح): (باختيار المرأة).

(٦) قوله: (أو برص) زيادة من (ح).

(٧) في (ح): (له).

(٨) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٥٠.

(٩) قوله: (عجز عن) يقابله في (ب) و(ح): (عدم).

(١٠) في (ب): (ورأى).

(١١) في (ح): (ولأنهما).

ولا ثمن له، أو يسلمها ويتبعه[1] بالثمن.

وكذلك حدوث العيب به[2] ليس لها أن تتمسك بالمبيع وتأخذ الثمن، وكالأمة تعتق تحت العبد، فتختار فراقه قبل الدخول؛ فلا شيء لها من الصداق، واليهودية والنصرانية والمجوسية يُسْلِمْنَ[3] قبل الدخول دون الزوج، فلا صداق لواحدة منهن؛ لأن المبيع باقٍ عند بائعه، وقد حيل بين المشتري -وهو الزوج- وبين قبضه، ولم يكن ذلك من سببه.

فصل

[في صداق النكاح الفاسد]

ولا صداق لها في النكاح الفاسد إذا فسخ قبل البناء، إذا كان الفساد في الصداق؛ لأن الصداق إن[4] كان آبقاً أو بعيراً[5] شارداً أو جنيناً -لم يصح أن تأخذ[6] نصفه، ولا يحكم لها بغيره؛ لأن البيع رُدَّ ولم يفت، وكذلك إن كان الفساد في العقد، وكان مجمعاً على فساده، وكذلك إن كان مختلفاً فيه، وفسخ بحكم أو تفاسخاه.

وإن طلق قبل النظر فيه؛ فمن لم يراع الاختلاف فيه[7] ولا قول من رأى جوازه، لم يجعل لها صداقاً ولا ميراثاً إن مات، ويلزم من راعى الخلاف وجعل فيه الميراث وألزم الطلاق -أن يجعل لها نصف تلك التسمية.

وقال أشهب في كتاب محمد: فيما كان فساده من قبل صداقه فمات قبل

(١) في (ح): (تتبعه).

(٢) قوله: (به) ساقط من (ش١).

(٣) في (ح): (تسلم).

(٤) في (ح): (إذا).

(٥) قوله: (بعيراً) ساقط من (ح).

(٦) في (ح): (لم يصلح أن يأخذ).

(٧) قوله: (فيه) زيادة من (ح).

البناء: لها الصداق والميراث، ولم يجعل لها شيئاً إن طلق قبل البناء.

فصل

[في طروِّ ما يوجب الفسخ]

ومن تزوج تزويجاً صحيحاً ثم طرأ ما يوجب الفسخ، فإن كان ذلك الفسخ لا سبب فيه لأحد الزوجين، أو كان سببه الزوجة وحدها، أو كان بِرضاً من الزوجين لم يكن لها صداق. وإن كان سببه الزوج وحده، ثبت الصداق تارة، وتارة يسقط. وذلك يتصور في ملك أحد الزوجين الآخر، وفي الارتداد والرضاع ونكاح الأم على البنت، أو البنت على الأم: إذا دخل بالثانية قبل الأولى، وإذا أسلم على أختين أو على[1] أكثر من أربع، أو تزوج امرأة ثم أنكره الولي فملك[2] أحد الزوجين الآخر[3] ؛ فسخ، ولا صداق فيه. وإن كان الزوج المشتري لها كان رضاً من السيد بإسقاط[4] الصداق. وإن كانت الزوجة هي المشترية؛ كان ذلك رضاً منها.

قال مالك: فإن باعها من غير زوجها؛ كان الصداق للبائع[5]، ويلزم على قول ابن القاسم أن يكون لها؛ لأنه قال: إذا لم يبعها؛ ليس للسيد أن ينتزعه، ولكن يجهزها به كما تجهز المرأة[6] بمهرها، فإذا كان ذلك حقّاً للزوج لم يسقط بالبيع. وفرق في كتاب محمد وجعله للسيد البائع، بخلاف إذا لم يبع. ولا فرق بينهما.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد[7] : ليس عليه أن يجهزها بصداقها.

---

(١) قوله: (على) زيادة من (ح).

(٢) في (ح): (وهلك).

(٣) قوله: (الآخر) ساقط من (ح).

(٤) في (ح): (بإسقاطه).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٦١.

(٦) في (ب) و(ت): (يجهز الحرة).

(٧) قوله: (محمد) ساقط من (ح).

وقال أصبغ مثل ذلك: إذا كان زوجها عبده، فإن كان أجنبيّاً، أو عبداً لغيره؛ جهزت به. وإذا كان الصداق للبائع فباعها بعد ذلك المشتري من زوجها؛ كان على البائع الأول أن يغرم للزوج[1] الصداق، لأن النكاح انفسخ.

وإن ارتدت الزوجة قبل البناء فلا شيء لها، وسواء ذلك على القول أن الارتداد فسخ أو طلاق؛ لأن منع تسليم المبيع وما يستحق عنه العوض منها، وإن ارتد الزوج وحده -كان لها نصف الصداق على القول إنه طلاق. ويختلف على القول إنه فسخ. فقال مالك في المبسوط: لها نصف الصداق، وقال عبد الملك: لا شيء لها، وأنكر قول مالك، وقال: إنما يكون الصداق أبداً حيث يكون[2] الطلاق. والأول/ أحسن؛ لأن الامتناع من قبض المبيع جاء من قِبَلِهِ فلا يراعى هل ذلك فسخ أو[3] طلاق؟ وفي كتاب محمد: إذا قتل السيد أمته قبل البناء؛ فله[4] الصداق. وعلى هذا يكون للحرة إذا قتلت نفسها؛ الصداق، وهذا مثل قوله في المدونة: إذا باع السيد أمته في موضع لا يقدر الزوج على جماعها؛ فله[5] الصداق[6]. ولا أرى للزوجة في جميع ذلك شيئاً إذا كان الامتناع منها أو من السيد إن كانت أمة[7].

(ب) ١٩٢/أ

فصل

[فيمن تزوج بمرضَعتين]

وإن[8] تزوج امرأة ومرضَعَتَيْنِ وهي صغيرة[9]، فأرضعتهما الكبيرة قبل

---

(١) في (ب): (الزوج).
(٢) في (ح): (يقع).
(٣) في (ح): (أم).
(٤) في (ح): (فلها).
(٥) في (ح): (فلها).
(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٢.
(٧) في (ح): (أمته).
(٨) في (ش١): (ومن).
(٩) قوله: (وهي صغيرة) زيادة من (ح).

البناء؛ انفسخ نكاحها، لأنها من أمهات نسائه، فله أن يختار إحدى المرضَعَتَين، ولا صداق للكبيرة؛ لأن الفسخ من سببها. واختلف في التي يفارق من الأختين[١]، فذكر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد عن ابن القاسم أنه قال: لا شيء لها على الزوج.

وقال محمد: لها ربع صداقها؛ لأنه لو فارقها قبل أن تختار[٢]، كان النصف بينهما. وقال ابن حبيب للتي فارق نصف صداقها[٣]، وجعله بمنزلة من طلق طوعاً؛ لأنه فراق بطلاق، ولا سبب لها[٤] فيه، ولأنه كان قادراً على أن يختارها، ولأن ذلك مصيبة نزلت به كموتها، فإن مصيبة المبيع منه، ويغرم الثمن[٥].

ووجه قول ابن القاسم[٦] ألا شيء عليه؛ لأنه مغلوب على الفراق، وإنما ورد القرآن[٧] بغرم نصف الصداق فيمن طلق طوعاً، ولا يشبه ذلك موتها؛ لأن المبيع في هذه المسألة بيدها، تأخذ له عوضاً من غيره[٨] إن أحبت، وإن أخذته[٩] بعد العقد وطلق قبل[١٠] البناء -غرم نصف الصداق؛ لأنه في معنى الهالك؛ لا يأخذ[١١] به[١٢] عوضاً.

ثم يختلف في الكبيرة التي أرضعتهما، هل يرجع الزوج عليها بالنصف إن

---

(١) في (ش١): (الأخيرتين).
(٢) في (ب): (يختار).
(٣) قوله: (لأنه لو فارقها قبل أن تختار... فارق نصف صداقها) ساقط من (ش١).
(٤) في (ب): (له).
(٦) انظر المسألة في النوادر والزيادات: ٥/ ٨٠.
(٦) في (ح): (ووجه القول).
(٧) في (ب)و(ت) و(ح): (الفراق).
(٨) قوله: (من غيره) ساقط من (ح).
(٩) قوله: (أخذته) بياض في (ش١).
(١٠) في (ت): (بعد).
(١١) في (ب) و(ح): (تأخذ).
(١٢) في (ش١) و(ح): (له).

غرمه، أو ترجع الصغيرة عليها إن لم يغرمه الزوج. فأما غرمها للزوج فقياساً على من شهد عليه بالطلاق قبل البناء، ثم رجعت البينة، فقال ابن القاسم: يرجع على البينة بما غرم. وقال أشهب: لا رجوع له عليها؛ لأنها لم توجب[1] عليه إلا ما كان يلزمه لو طلق[2].

والقول الأول أصوب؛ لأنه لم يطلق وإنما اشترى شيئاً وبذل له العوض، فحيل بينه وبين قبضه وأغرم العوض. وإذا لم يغرم الزوج فإنه يختلف في رجوع الصبية على التي أرضعتها، فإذا قيل: إن وجه منع غرم الزوج لأنه لم يطلق طوعاً، وأنه حيل بينه وبين قبض المبيع -كان لها أن ترجع على المرضعة[3] لأنها تقول: كان لي دَيْنٌ أسقطته بفعلك. وإن قيل: إن وجه[4] سقوط الغرم عن الزوج لأن المبيع بيدها تبيعه وتأخذ العوض عنه إن[5] أحبت ولم يملك لها شيء لم ترجع؛ لأنّ الوجه الذي سقط به مقالها عن الزوج والتي أرضعتها[6] واحد. وكذلك إذا أسلم على أختين ففارق إحداهما، أو على عشر[7] نسوة ففارق ستّاً[8]، فعلى قول ابن القاسم؛ لا شيء لمن فارق، وعلى قول محمد: يكون للأخت ربع صداقها، ولكل واحدة من الست[9] خمس صداقها. وعلى قول ابن حبيب: لكل واحدة نصف صداقها[10]. والأول أصوب. ومن هذا

---

(١) قوله: (عليها؛ لأنها لم توجب) يقابله في (ح): (عليهم؛ لأنهم لم يوجبوا).

(٢) انظر المسألة في النوادر والزيادات: ٨/ ٤٩٤.

(٣) قوله: (على المرضعة) ساقط من (ب) و(ت) و(ح).

(٤) قوله: (وإن قيل: إن وجه) بياض في (ش١).

(٥) قوله: (إن) ساقط من (ح).

(٦) في (ت) و(ح): (أغرمتها).

(٧) في (ب) و(ت): (عشرة).

(٨) في (ح): (ستة).

(٩) في (ح): (الستة).

(١٠) قوله: (صداقها) ساقط من (ح).

الأصل قول أصبغ[١] في كتاب ابن حبيب في رجل له ابنتان فزوج إحداهما، ثم اختلفا. فقال الزوج: تزوجت فلانة، وقال الأب: بل فلانة، فقال أصبغ: للتي أقر لها الزوج نصف صداقها[٢]. لأن من حجة الزوجة: أن الزوج مقر لها بالنكاح وبالصداق، فليس ظلم الأب وجحوده يسقط دَيْنَها.

فصل

[فيمن تزوجت على أن يهب عبداً ثم طلق قبل الدخول وبعد الهبة]

وإن تزوجته على أن يهب عبده لفلان، ثم طلق قبل البناء -رجع على الموهوب له، وَأَخَذَ نصف العبد إن كان قائماً. واختلف إذا هلك، فقال أشهب: عليه نصف قيمته. وقال محمد: لا شيء عليه[٣].

وهو أصوب؛ لأنه لو كان بيد الزوجة فهلك لم يضمنه[٤]. وإن حدث[٥] به عيب؛ أخذ[٦] نصفه معيباً، ولا شيء عليها[٧]، ولا على الموهوب له، وإن باعه الموهوب له؛ غرم نصف ما باعه به.

وإن أعتق أو وهبه وهو عالم أنه صداق؛ غرم نصف قيمته يوم أعتق أو وهب وإن لم يعلم، وإن قيل له هذا هبة، فلا شيء عليه، ولا يرد[٨] العتق؛ لأن الزوج مكن الموهوب له من ذلك. ويستحسن أن يرد الهبة وإن كان طعاماً أكله أو ثوباً لبسه، جرى على الخلاف فيمن أثاب من صدقة. وإن تزوجت على أن

(١) قوله: (أصبغ) ساقط من (ش١).
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٤٠.
(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٣.
(٤) في (ب) و(ت): (لم تضمنه).
(٥) في (ب): (حدبه).
(٦) في (ب) و(ت) و(ح): (أخذت).
(٧) في (ب) و(ت): (عليه).
(٨) في (ح): (ترد).

يعتق عبده ثم طلق قبل البناء؛ لم يرجع الزوج[١] عليها، ولا على العبد بشيء، وكذلك لو كان أباها، فقالت: أتزوجك على أن تعتقه؛ لم يرجع عليها بشيء، والولاء له.

وإن قالت: تعتقه عني؛ كان الولاء لها، ورجع عليها بنصف قيمته. وإن قالت: أتزوجك على هذا العبد وهو أبوها كان عتيقاً عليها والولاء لها. وإن كانت عالمة أنه أبوها ولم يعلم الزوج؛ رجع عليها[٢]. وإن علم الزوج وحده لم يرجع عليها.

واختلف في رجوعها هي عليه فقال في كتاب محمد: قد غرها. وفي المبسوط: لها أن ترجع هي[٣] عليه بقيمة جميعه إن[٤] لم يطلق، وبقيمة[٥] نصفه إن طلق. وأجاز في كتاب القراض من المدونة للبائع ألا[٦] يعلم بذلك لما كان الولد مندوباً، إلى أن يشتري أباه فيعتقه[٧]. فإنما هو معين على خير. وإن علما جميعاً أو جَهِلا أنه أبوها، ثم علم[٨] بعد ذلك[٩] - رجع عليها[١٠]. واستحسن مرة ألا يرجع، وإن جَهِلا كان أَبْيَنَ في منع الرجوع؛ لأنه بمنزلة لو هلك بأمر من السماء. وإذا كان له الرجوع فوجدها معسرة -لم يكن له أن يرد[١١] العتق؛ لأنه لو علم قبل الطلاق لم يكن له في حريته مقال وإن كان جميع مالها؛ لأنه عتق أوجبته الأحكام، وليس بمنزلة من ابتدأ عتقاً.

---

(١) قوله: (الزوج) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (عليها) ساقط من (ح).

(٣) قوله: (هي) ساقط من (ش١) و(ح).

(٤) في (ب): (وإن).

(٥) في (ب): (ويسمه).

(٦) في (ب): (للبائع أن).

(٧) انظر: المدونة: ٣/ ٦٥٩.

(٨) في (ح): (علما).

(٩) قوله: (ذلك) ساقط من (ش١)، وفي (ح): (إن).

(١٠) قوله: (عليها) ساقط من (ت).

(١١) في (ح): (يرث).

فصل

[فيمن زاد زوجته في صداقها بعد العقد ثم طلقها قبل البناء]

من زاد زوجته في صداقها بعد العقد ثم طلقها قبل البناء، كان الزائد كالصداق: له نصفه ولها نصفه. وإن زادها شيئاً ولم يلحقه بالصداق، ثم طلق قبل البناء، لم يكن له منه شيء، بخلاف الأول؛ لأن الأول ألحق بالصداق فكان له حكمه، وهذه هبة/ فكان لها حكم الهبات لا رجوع له فيها. وإن كان العقد فاسداً، ففسخ[1] قبل البناء، رجع فيها إن كانت قائمة، بخلاف العقد الصحيح فتطلق[2]؛ لأنه في الصحيح مُمَكَّنٌ من[3] قبض المبيع، فتَرَكَهُ اختياراً. وفي الفاسد[4] حيل بينه[5] وبين ذلك؛ فوجب أن يرجع؛ لأنها هبة من أجل النكاح.

(ب) ١٩٢/ب

قال أصبغ في العتبية: فإن عثر عليه بعد البناء؛ فلا شيء له في الهبة، وإن كانت قائمة، لأن النكاح تم بالبناء، وإن أعطى بعد البناء ثم فسخ رجع لأنه إنما أعطى على المقام والجمال بذلك، هذا إذا فسخ بحدثان العطية[6]، وإن فسخ بعد السنتين والثلاث فلا شيء له، وإن أدركها بعينها[7].

---

(١) في (ح): (يفسخ).

(٢) في (ب) و(ت): (فيطلق).

(٣) قوله: (وهذه هبة فكان لها حكم الهبات... لأنه في الصحيح مُمَكَّنٌ من) بياض في (ش١).

(٤) قوله: (فتَرَكَهُ اختياراً. وفي الفاسد) بياض في (ش١).

(٥) في (ش١): (بينها).

(٦) في (ت): (الغبطة).

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٦٨.

قال ابن القاسم: ولو طلق عليه بعدم النفقة؛ فهو كطوعه ولا[1] يرجع بشيء[2]. وفيه نظر؛ لأنه مغلوب على الفراق، وإذا كان الحكم أن يرجع في الهبة فإن[3] ذلك له[4] إذا كانت قائمة.

قال ابن القاسم: وإن فاتت بنقص أخذها، ولا شيء له عليها من ذلك. وإن فاتت بزيادة كان لها أن تدفع قيمتها يوم أعطاها[5]. قال: والقياس أنها له بزيادتها. قال: وما فات فلا شيء له عليها كمن أثاب من صدقة[6].

فصل

[في هبة المرأة صداقها]

هبة المرأة صداقها لزوجها قبل البناء، وبعده جائز[7]؛ لقول الله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤]، ويؤمر الزوج إذا وهبته الصداق قبل البناء ألا يبني بها[8] حتى يقدم ربع دينار حماية أن يكونا عقدا على طرح الصداق، ولئلا[9] يتذرع إلى النكاح بغير صداق، فإن طلق بعد الترك[10] وقبل البناء؛ لم يرجع[11] عليها بشيء، وإن تركت بعضه رجعت في نصف الباقي. وهبتها صداقها لغير زوجها جائز[12] إذا حمله الثلث، أو كان فوق ذلك وأجازه الزوج، فإن قبضه الموهوب له منها أو من الزوج ثم طلق قبل البناء، رجع الزوج بنصفه عليها، ولا رجوع لها هي على الموهوب له.

---

(١) قوله: (و) ساقط من (ش١).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٦٨.

(٣) في (ح): (كان).

(٤) قوله: (له) ساقط من (ت) و(ش١) و(ح).

(٥) في (ش١): (إعطائها).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٦٩.

(٧) في (ش١): (جائزة).

(٨) قوله: (بها) زيادة من (ش١).

(٩) في (ب): (أو لئلا).

(١٠) في (ح): (البذل).

(١١) في (ش١): (ترجع).

(١٢) في (ش١): (جائزة).

وقال[١] أيضاً في كتاب محمد: لها أن ترجع عليه، وجعلها بمنزلة من وهب شيئاً ثم استحق، وهذا يصح على القول إن النصف مترقب[٢].

والقول[٣] الأول أحسن؛ لأنه لا خلاف أن لها[٤] أن تتصرف فيه بالبيع والهبة[٥] والصدقة، إلا أن يرى[٦] أن هذه المرأة تجهل أن عليها[٧] فيه رجوعاً، فتحلف على ذلك وترجع. وأما على القول أَنْ قد وجب جميعه - فلا رجوع لها وإن جهلت. وإن لم يدفع الزوج الهبة حتى طلق فإن كانت يوم الطلاق موسرة -دفع ذلك الزوج للموهوب له، ورجع عليها، وسواء كانت يوم الهبة موسرة أو معسرة.

واختلف إذا كانت يوم الهبة موسرة[٨] ويوم الطلاق معسرة، فقال ابن القاسم: للزوج أن يتمسك بنصفه. وقال غيره: للموهوب له[٩] قبض الهبة، ولا مقال للزوج[١٠]. وكذلك إذا كانت معسرة يوم الهبة إلى يوم الطلاق، فللموهوب له أن يقبض جميع ذلك؛ على القول إنه بالعقد وجب جميع[١١] الصداق؛ لأن مقال الزوج قبل الطلاق لحقِّه في مال الزوجة، ليس لأن له نصفه. فإذا طلق سقط مقاله في مال الزوجة، وعاد مقاله من باب الدَّيْن، والدين طرأ بعد الطلاق، وكانت هبتها ولا دين عليها.

---

(١) في (ح): (وقيل).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٣.

(٣) قوله: (القول) زيادة من (ش١).

(٤) قوله: (أن لها) ساقط من (ش١).

(٥) قوله: (والهبة) ساقط من (ح).

(٦) قوله: (إلا أن يرى) يقابله في (ح): (ألا ترى)

(٧) في (ح): (عليه).

(٨) قوله: (أو معسرة. واختلف إذا كانت يوم الهبة موسرة) ساقط من (ش١).

(٩) قوله: (له) ساقط من (ش١).

(١٠) انظر: المدونة: ٤/ ٣٨٧.

(١١) قوله: (جميع) ساقط من (ح).

ومن وهب ديناً فلم يقبض حتى طرأ على الواهب[١] دَيْنٌ[٢] ؛ لم ترد هبته.

وكذلك إن قبضت صداقها ثم وهبته، وقبضه الموهوب له، ثم طلق الزوج، وهي معسرة الآن ويوم الهبة ولم يكن[٣] علم بهبتها؛ فعلى قول ابن القاسم؛ يرد قدر نصيبه منها، وعلى قول غيره؛ لا رد له؛ لأن الدَّيْن طرأ بعد الهبة[٤].

وهبتها صداقها على ثلاثة أوجه: فإن كان[٥] الصداق[٦] عيناً جازت الهبة[٧]، وتخلف[٨] مثله تتشور به.

وإن كان ذلك[٩] داراً أو عبداً أو جارية[١٠] جازت[١١]، ولم يكن عليها أن تخلف العوض عنه؛ لأنها[١٢] لو لم تهبه لم يكن عليها أن تبيع ذلك لتتشور به.

وإن كان الصداق شيئاً مما العادة أن يكون شورة لها، لم تجز هبتها، إلا أن تعوض[١٣] عنه، فإن قالت: لم أظن أن ذلك للزوج عليَّ حلفت، واسترجعت الهبة؛ لأن مِنْ حَقِّ الزوج الاستمتاع به، ومِنْ حقها ألا تخلفه إذا كانت تجهل ذلك[١٤]، إلا أن تكون[١٥] وهبت يسيراً من كثير؛ فيمضي ولا تخلفه.

---

(١) في (ت): (الموهوب).
(٢) في (ب) و(ت): (ديناً).
(٣) قوله: (وهي معسرة الآن ويوم الهبة ولم يكن) بياض في (ش١).
(٤) قوله: (قدر نصيبه منها، وعلى ... طرأ بعد الهبة) بياض في (ش١).
(٥) في (ح): (كانت).
(٦) قوله: (الصداق) ساقط من (ش١) و(ح).
(٧) قوله: (الهبة) ساقط من (ب) و(ح).
(٨) في (ش١): (وأخلفت)، وفي (ح): (واختلفت).
(٩) قوله: (ذلك) زيادة من (ش١).
(١٠) قوله: (أو جارية) ساقط من (ش١).
(١١) قوله: (أو جارية جازت) يقابله في (ح): (وحازه جاز).
(١٢) في (ح): (لأنه).
(١٣) في (ح): (يعوض).
(١٤) قوله: (ذلك) ساقط من (ح).
(١٥) في (ب) و(ت): (يكون).



باب

في نماء الصداق، ونقصانه، وغلاته، وما يضمن منه، وتصرف الزوجة فيه، وهل تقضي منه ديناً؟

وإن تزوجت بعبد أو جارية، ثم طلق قبل البناء، وقد هلك ذلك بيدها[1]؛ كانت المصيبة منهما[2] جميعاً[3]، ولم يرجع[4] عليها بشيء، فإن تغير سوقه أو تغير[5] في نفسه بزيادة أو نقص أو ولدت الجارية؛ كان للزوج نصف ذلك على ما يجده عليه، ولا مقال للزوج في النقص، ولا للزوجة في الزيادة، والولد بينهما. وهذا إذا كان النقص بأمر من الله سبحانه، وإن كان بجناية من الزوجة؛ ضمنت نصف الجناية. وإن كانت الجناية من أجنبي اتبعاه بالجناية؛ فكانت بينهما. وإن جنى العبد فأسلمته[6] ثم طلق؛ لم يكن له عليها شيء إن[7] كانت قيمته والجناية سواء، أو كانت الجناية أكثر[8]. وإن كانت أقل؛ رد الزوج نصف العبد، ودفع نصف الجناية.

وقال محمد[9]: إن فات به المجني عليه؛ غرمت نصيب الزوج من الجنايات[10].

والقياس ألا شيء عليها؛ لأنها تقول لم يكن علي أن أفتديه به[11]، وكرهت أن

---

(١) قوله: (بيدها) ساقط من (ش١). (٢) في (ح): (منها).

(٣) قوله: (جميعاً) زيادة من (ش١). (٤) في (ح): (ولم ترجع).

(٥) قوله: (تغير سوقه أو تغير) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (وإن جنى العبد فأسلمته) غير واضح في (ش١).

(٧) في (ب) و(ت): (وإن).

(٨) قوله: (والجناية سواء، أو كانت الجناية أكثر) غير واضح في (ش١).

(٩) قوله: (محمد) ساقط من (ت). (١٠) في (ب) و(ش١) و(ح): (المحاباة).

(١١) قوله: (به) زيادة من (ح).

أدفع ثمناً من عندي، أو كرهت بقاءه خوفاً أن يعود لمثل ذلك. وأما إن افتدت وحابت، لأن الجناية أكثر من القيمة؛ لم يكن للزوج أن يأخذ نصيبه إلا أن يدفع نصف[1] الجناية؛ لأنها رضيت لنفسها بذلك، ولو أسلمته لم يكن له عليها مقال، وإن حابت بأن دفعت أكثر/ من الجناية؛ لم يكن على الزوج من تلك الزيادة شيءٌ[2].

(ب) ١٩٣/أ

وإن وهبت أو أعتقت وهي موسرة؛ كان عليها نصف القيمة عند مالك يوم وهبت أو أعتقت، وقال عبد الملك: القيمة يوم قبضت[3].

والأول أصوب؛ لأن النماء والنقص منهما إلى يوم أعتقت أو وهبت. فإن ألزمت القيمة يوم قبضت، وكان فيها الآن نقص؛ أُغْرِمَتْ ما كان ضمانه[4] من غيرها[5]. وإن كان[6] فيه زيادة لم يسقط حق الزوج من تلك الزيادة، لأن المصيبة كانت منه؛ فله النماء.

وإن لم يعلم الزوج حتى طلقها، وهي اليوم معسرة وكانت يوم الهبة والعتق موسرة؛ مضى فعلها. وإن كانت معسرة ذلك اليوم إلى يوم الطلاق؛ كان له أن يرد هبتها وعتقها. وهذا المعروف من قوله، وهو مبني على القول أن النصف مترقب.

وأما على القول أن بالعقد وجب جميعه- فلا رد له؛ لأن مقاله كان في الرد قبل الطلاق لِحَقِّهِ في مال الزوجة، وأنها مقصورة على الثلث، فزال ذلك بالطلاق وصار مقاله الآن من أجل الدين، وهو طارئ بعد الطلاق[7].

---

(١) قوله: (نصف) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (شيءٌ) ساقط من (ش١).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٣.

(٤) في (ح): (ضمانها).

(٥) في (ح): (غيره).

(٦) في (ش١): (كانت).

(٧) قوله: (وهو طارئ بعد الطلاق) بياض في (ش١).

فصل[١]

[في غلة الحيوان والشجر والعبيد]

واختُلف في غلة الحيوان والشجر والعبيد[٢]؛ فقال مالك وابن القاسم: الغلات[٣] بينهما؛ لأن الضمان منهما. وقال عبد الملك بن الماجشون[٤]: الغلة للزوجة؛ لأنه يوم اغتلته ملك لها، وإن[٥] هلك كان منها[٦]. يريد أنه يبني[٧] بها. وهو أحسن؛ لأنها مالكة لجميعه حقيقة إلى يوم الطلاق، والرجوع بعد الطلاق[٨] شرع، فمن يوم الطلاق يملك[٩] الزوج النصف.

وإن كان الصداق عيناً، فاشترت به[١٠] ما العادة أنه يشترى به، فأغل غلة -كان على الخلاف المتقدم؛ لأن ذلك المشترى لو هلك لكان منهما. وإن اشترت ما ليس العادة أن يصرف الصداق فيه؛ كانت الغلة لها، وإن هلك ضمنته. ولو أراد الزوج أخذه؛ لم يكن ذلك له، والنفقة تابعة للغلة.

فعلى القول الأول ترجع الزوجة بنصف النفقة[١١]، ما لم تكن أكثر من نصف الغلة. وقال عبد الملك بن حبيب: ترجع بما أنفقت على الثمرة، ولا ترجع بما أنفقت على العبد، وترد نصف الغلة، ولا شيء لها من النفقة[١٢]. ولا وجه لهذا.

---

(١) قوله: (فصل) بياض في (ش١). (٢) في (ش١): (والعبد).

(٣) في (ح): (الغلة).

(٤) قوله: (بن الماجشون) زيادة من (ش١).

(٥) قوله: (اغتلته ملك لها، وإن) يقابله في (ح): (اغتلت ملكها، ولو).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٤. (٧) في (ح): (بنى).

(٨) قوله: (بعد الطلاق) ساقط من (ت).

(٩) قوله: (والرجوع بعد الطلاق شرع، فمن يوم الطلاق يملك) ساقط من (ش١).

(١٠) قوله: (به) ساقط من (ح). (١١) في (ب): (القيمة).

(١٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٤.

وعلى قول ابن الماجشون: لا ترجع بالنفقة؛ لأنها لا[١] ترد الغلة. ويختلف إذا كان صغيراً لا غلة له أو دابة لا تُركَبُ أو شجرة لا تُطْعَمُ[٢]، فانتقل كل ذلك بنفقة الزوجة[٣]، ولم تأخذ غلة: هل للزوج نصف ذلك ويدفع النفقة، أو يكون فوتاً؟ فعلى قول ابن مسلمة يكون فوتاً، ويأخذ[٤] قيمة نصيبه[٥] يوم قبضته[٦]؛ لأنه قال فيمن استحق صغيراً بعدما كبر عند المشتري وأنفق عليه: ليس له أن يأخذه، وإنما له قيمته يوم كان اشتراه. فالزوج أبين ألا يرجع فيه[٧]؛ لأنه وضع يدها عليه.

واختُلف إذا أنفقت في صناعة علمتها للغلام، أو الجارية، فارتفع ثمنها لذلك، فقال محمد: لا شيء[٨] على الزوج[٩]. وقال مالك في المبسوط: لها أن ترجع عليه[١٠] بنصف ذلك.

وأرى لها الأقل من نصف ما أنفقت، أو نصف ما زاد ثمنها.

وقال محمد فيما اغتلت[١١]، فهلك بيدها من غير سببها: لم تضمنه، وهي مصدقة مع يمينها إن أخذت في الغلة حيواناً[١٢]، ولا تصدق في هلاك العين إلا ببينة[١٣].

---

(١) قوله: (لا) ساقط من (ح).

(٢) في (ح): (أو شجر لا يطعم).

(٣) قوله: (دابة لا تُركَبُ أو شجرة... بنفقة الزوجة) غير واضح في (ش١).

(٤) في (ح): (وتأخذ). وقوله: (ابن مسلمة يكون فوتاً، ويأخذ) غير واضح في (ش١).

(٥) قوله: (قيمة نصيبه) يقابله في (ش١): (نصفه).

(٦) في (ح): (قبضه).

(٨) في (ب): (عليه).

(٨) قوله: (لا شيء) ساقط من (ش١).

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٥.

(١٠) قوله: (عليه) زيادة من (ح).

(١١) في (ب): (أعملت)، وفي (ت): (غلت).

(١٢) في (ب) و(ت): (حيوان).

(١٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٥.

فصل

[في ضمان الصداق إذا طلقت قبل البناء]

الزوجة في ضمان الصداق إذا طلقت[١] قبل البناء على ثلاثة أقسام:

فإن كان عيناً ضمنته مع عدم البينة. واختلف إذا علم ضياعه، فقال محمد: لا شيء[٢] عليها. وقال أصبغ: تضمنه قال: لأنها لو اتجرت[٣] فيه، فأصابت فيه مثله؛ لم يكن للزوج فيه شيء. والأول أحسن، ومحملها فيه على أنها لتجهز[٤] به حتى يعلم غير ذلك. وأيضاً فإنه ليس شأن النساء التجارة بمثل ذلك[٥].

وإن كان الصداق عرضاً؛ لم تصدق في تلفه. وإن كان مما[٦] لا يغاب عليه كالعبد أو الدابة[٧] -صدقت إن ادعت تلف ذلك، وكذلك إن ادعت موته في غير جماعة، ولم تصدق تلفه[٨] إن كانت[٩] في حضر، أو في سفر بين جماعة.

وإن كان الصداق عيناً فتجهزت[١٠] به وعلم ذلك، ثم ادعت ضياعه وقد طلقت؛ لم تصدق إلا أن يعلم ذلك، وإن ادعت تلفه وهي في العصمة[١١] صُدِّقَتْ، ولم يكن للزوج أن يكلفها غُرْمَهُ لتتجهز به[١٢].

قال عبد الملك في كتاب محمد[١٣]: لأنه مالها، لا حق له فيه، فإذا قالت

---

(١) في (ش١): (كان).

(٢) قوله: (لا شيء) ساقط من (ح).

(٣) في (ح): (تجرت).

(٤) في (ب): (لا تتجهز)، وفي (ت): (تتجهز).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٥.

(٦) في (ب) و(ت): (ما).

(٧) في (ش١): (كعبد ودابة)، وفي (ح): (كعبد أو دابة).

(٨) قوله: (تلفه) زيادة من (ش١).

(٩) في (ش١): (كان).

(١٠) في (ب) و(ت) و(ح): (فتجهزت).

(١١) قوله: (وقد طلقت؛ لم تصدق إلا أن... العصمة) ساقط من (ح).

(١٢) في (ب) و(ت) و(ش١): (لتجهز به).

(١٣) قوله: (كتاب محمد) ساقط من (ب)، وفي (ش١): (كتاب ابن حبيب).

سرق وحلفت -لم تضمن مالها[١]. وإنما حلفها للتهمة[٢]. وقال في المستخرجة: عليها أن تتجهز بمثله إذا لم تقم بينة بتلفه[٣].

والأول أحسن، وأصل استمتاع الزوج بذلك[٤] مكارمة، فأبقى ذلك مرة على أصله مكارمة، ولم يكلفها[٥] الحلف، ورأى مرة أن ذلك صار بمرور[٦] العادة كالشرط. وإن اشترت ما يصلح لجهازها ثم طلقها؛ كان له نصفه، وليس لها أن تحبسه، وتدفع إليه نصيبه من العين، ولا له أن يدعه ويطالبها[٧] بنصف العين.

وإن اشترت بصداقها ما لا يصلحها -كانت مصيبته[٨] منها وعليها على[٩] قول مالك؛ إن لم تُطلق أن تتجهز بمثل ما قبضت، وإن اشترت به من الزوج شيئاً مما يصلح أن يكون جهازاً لها[١٠]، أو لا يصلح كالدار والعبد؛ كان هو الصداق، وكأنها تزوجت به، وإن طلق كان له نصفه. قال محمد: وإن كان فيه غبن عليها فهي وضيعة منها، وإن غبنته فهي زيادة منه لها[١١]. يريد: وليس عليها أن تتجهز بمثل ذلك العين، إن لم يطلق إذا أخذت به منه داراً أو عبداً.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٥.

(٢) في (ب)و(ت): (للشبهة).

(٣) قوله: (بتلفه) ساقط من (ب) و(ح)، وانظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١١١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٦

(٤) قوله: (بذلك) زيادة من (ش١).

(٥) في (ح): (يكلفه).

(٦) في (ش١): (صار المرور).

(٧) قوله: (وإن اشترت ما يصلح لجهازها... ويطالبها) بياض في (ش١).

(٨) في (ح): (مصيبة).

(٩) في (ش١): (وعلى).

(١٠) قوله: (لها) زيادة من (ح).

(١١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٨٤.

فصل[١]

[في العيوب التي تكون بالزوجة]

وإن ردت الزوجة بعيب جنون[٢] أو جذام أو برص، والصداق عين؛ ضمنته وإن[٣] هلك ببينة. وإن اشترت به جهازاً؛ كانت في حكم المتعدي، فإن أحب الزوج؛ أخذ نصفه، أو ضمنها ما قبضت. وإنِ هلك ببينة؛ ضمنت ما كانت قبضت من الزوج، هذا إذا علم بالعيب، فطلق. ويختلف إذا لم يعلم حتى طلق.

(ب) ١٩٣/ب

واختُلف إذا كان النكاح فاسداً ففسخ قبل البناء، هل تضمن الزوجة/ الصداق؟ فضمنها مالك وابن القاسم، ولم يضمنها ابن حبيب، وإن لم ينظر[٤] في ذلك حتى فات بالدخول؛ ضمنته قولاً واحداً، وقد مضى ذلك في أول الكتاب. وتصرف الزوجة في صداقها قبل البناء بالبيع والهبة، وقضاء الدين على ثلاثة أقسام: فإن كان عيناً تشورت به.

قال مالك في كتاب محمد[٥]: عليها أن تتجهز[٦] بمهرها بما يصلح للناس[٧] في بيوتهم، وتتخذ خادماً، إن كان في الصداق ما يبلغ ذلك[٨]. وإنما أعطي الصداق بذلك، وأنكر قول أهل العراق: أن على الرجل أن يسكنها بيتاً[٩]، وليس

---

(١) قوله: (فصل) غير واضح في (ش١).

(٢) قوله: (وإن ردت الزوجة بعيب جنون) غير واضح في (ش١).

(٣) في (ب) و(ح): (إن).

(٤) قوله: (وإن لم ينظر) يقابله في (ش١): (وأرى أن ينظر).

(٥) في (ش١): (ابن حبيب).

(٦) في (ح): (تتشور).

(٧) قوله: (للناس) ساقط من (ش١)، وفي (ح): (الناس).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٨٤.

(٩) انظر: الاختيار: ٤/ ٨.

له أن يسكنها بيتاً ليس فيه ما يصلح للناس في بيوتهم. وليس[(١)] هو[(٢)] الأصل؛ لأن الصداق ثَمنٌ لما باعت، وللبائع أن يحبس الثمن لنفسه، ولا مقال للمشتري فيه، إلا أن العادة أنها[(٣)] تتجهز به[(٤)]، وينتفعان به[(٥)].

واختلف قول مالك في هذا الأصل هل يبقى على حكمه في الأصل أنه مكارمة أو ينتقل فيصير كالشرط، كهدية العرس هي مكارمة؟ فقال مرة: لا يقضى على الزوج بها وأبقاها على أصلها أنها مكارمة. ومرة قال: يقضى عليه بها[(٦)]. وكذلك نفقة الزوجة؛ حملا[(٧)] مرة على العادة في اللباس من عادة أمثالها من حرير، أو خدمة إن كان يخدم مثلها أكثر من خادم واحد[(٨)].

ومرة حمل ذلك على المكارمة، وألا يلزم بأكثر مما كان عليه الأمر القديم. وأن الزائد[(٩)] مكارمة.

والثاني أن يكون الصداق داراً، أو خادماً، فليس عليها[(١٠)] أن تبيع[(١١)] ذلك لتتشور به، وعلى الزوج أن يأتي عند البناء، بما يحتاج إليه من غطاء، ووطاء، وكسوة، وهذا مع عدم العادة، فإن كانت العادة أن الأب يأتي بمثل ذلك، أو هي إن لم يكن أب[(١٢)]، ولا يزاد في الصداق لأجل ذلك، جرى على[(١٣)] الخلاف المتقدم هل يبقى على أصله[(١٤)] مكارمة أو تنقضه

---

(١) في (ش١) و(ح): (وهذا).
(٢) قوله: (هو) ساقط من (ح).
(٣) قوله: (أنها) ساقط من (ح).
(٤) قوله: (به) ساقط من (ح).
(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٥٠.
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٢، والبيان والتحصيل: ٤/ ٣٣٠.
(٧) في (ت): (حمله).
(٨) قوله: (واحد) زيادة من (ب).
(٩) في (ش١): (وأرى الزائد).
(١٠) في (ت): (لها).
(١١) في (ح): (أن يبيع).
(١٢) في (ح): (الأب).
(١٣) قوله: (على) ساقط من (ش١).
(٢) في (ش١): (أصلها).

للعادة[١]؟ وإن كان يزاد في الصداق شيء[٢] لأجل ذلك أجبر[٣] الأب أو هي إن لم يكن أب؛ لأنها هبة قارنت البيع. وكذلك إن كان الصداق شيئاً مما يكال أو يوزن؛ لها أن تحبسه، وليس عليها أن تتشور به حسب ما تقدم في الدار والعبد.

وإن كان الصداق عيناً، وكان الحكم أن تتشور به؛ فإنها تمنع[٤] من أن تنفق منه[٥] أو تكتسي. قال مالك: إلا أن تكون محتاجة فتأكل وتكتسي بالمعروف[٦]. قال مالك[٧] في كتاب الديات: ولا تقضي منه ديناً قبل البناء، إلا الشيء الخفيف؛ الدينار ونحوه[٨]. قال في العتبية: وأما بعد البناء؛ فلها قضاء دينها من شوارها ومن كالئ صداقها، وليس لذلك[٩] بعد البناء وقت وكذلك

---

(١) في (ح): (أم تنقصه العادة). (٢) قوله: (شيء) زيادة من (ب).

(٣) في (ب): (خير)، وفي (ش١) و(ح): (حبر). (٤) في (ب): (تمتنع).

(٥) قوله: (منه) ساقط من (ح).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٣٣١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٦.

(٧) قوله: (مالك) زيادة من (ت).

(٨) لم أقف على هذه المسألة في طبعات المدونة التي رجعت إليها، وهي ثلاث طبعات؛ طبعة دار الكتب العلمية التي نعزو إليها، وطبعة مكتبة صادر، وطبعة دولة الإمارات، وإشارة المؤلف لوجودها في المدونة إشارة صحيحة فقد وقفت عليها في تهذيب المدونة في كتاب الديات: ٤/ ٦١١، كما حددها المؤلف، وأشار أيضاً ابن رشد لها بقوله في البيان والتحصيل: ٥/ ٢١: (... قوله: " إنها لا يجوز لها أن تقضي من مهرها ديونها، إلا أن يكون الشيء التافه اليسير، الدينار ونحوه "، ومثل ما قال في كتاب الديات من المدونة. ولمالك في كتاب ابن المواز، إلا أن يكون الشيء اليسير مثل الدينارين والثلاثة) وقول ابن رشد: (ولمالك في كتاب ابن المواز...) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٩٦.

قلت: وهذا يعني أهمية المصادر القريبة من عصر تدوين المدونة في إصلاحها وتدارك الخلل والنقص الواقع في طبعاتها.

(٩) في (ب): (كذلك).

لو ماتت بعد البناء[١].

وقد تضمنت هذه الجملة خلاف ما ذهب إليه بعض أهل العلم: أن النكاح يفسد إذا كان الصداق رِبَاعاً لها غلة، وكان الزوج ينتفع بها؛ لأن مالكاً ألزم أن تتشور به، وينتفعان به، ومنع من إنفاقه إلا عند الحاجة من[٢] قضاء الدَّيْن[٣] قيل[٤] بخلافه بعد ولم يره غرراً إذا كان لا يدري هل يقضي بقرب البناء، أو يبقى يستمتع به[٥] إذا لم يكن دين[٦].

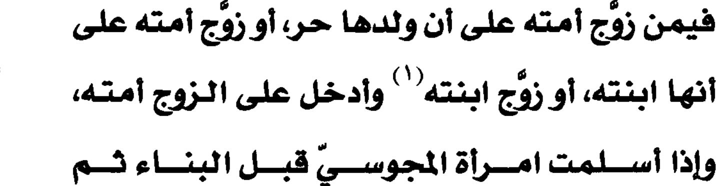
واختُلف في صداق الأمة، هل يجبر السيد على أن يجهزها به؟ فقال مالك في كتاب الرهن[٧]: تجهز به، بمنزلة الحرة، وليس للسيد أن يأخذه[٨]. وقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن زوج أمته من عبده، أو من أجنبي بصداق، فأراد السيد أن ينتزعه، ولا يجهزها به؛ فذلك له، ويترك لها ربع دينار، ووافقه أصبغ، إذا كان زوجها عبده[٩]، قال: فأما إذا كان زوجها[١٠] عبد غيره أو حرّاً[١١]؛ فليس له أن ينتزعه، وتتجهز به مثل الحرة. وقاله ابن عبد الحكم قال[١٢]: فإن باع[١٣] أمته كان السيد أحق به[١٤]. وقد تقدم ذكر ذلك.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٢٢.
(٢) في (ح): (ومن).
(٣) قوله: (وينتفعان به، ومنع من إنفاقه إلا عند الحاجة من قضاء الدين) غير واضح في (ش١).
(٤) في (ش١): (قبل).
(٥) قوله: (به) ساقط من (ح).
(٦) في (ح): (دينا).
(٧) في (ح): (الرهون).
(٨) انظر: المدونة: ٤/ ١٤٨.
(٩) قوله: (زوجها عبده) يقابله في (ح): (زوجه عنده).
(١٠) قوله: (إذا كان زوجها) ساقط من (ت) و(ح).
(١١) في (ح): (حرٌّ).
(١٢) قوله: (فأما إذا كان زوجها عبد غيره... وقاله ابن عبد الحكم قال) ساقط من (ش١).
(١٣) قوله: (باع) ساقط من (ش١).
(١٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٨٤، ٤٨٥.

باب





فيمن زوَّج أمته على أن ولدها حر، أو زوَّج أمته على أنها ابنته، أو زوَّج ابنته[1] وأدخل على الزوج أمته، وإذا أسلمت امرأة المجوسيّ قبل البناء ثم بنى بها قبل أن يسلم[2]

ومن زوج أمته على أن ما ولدت حرٌّ[3]؛ فسخ قبل البناء وبعده. قال مالك: وليس[4] لها المسمى، والولد حر، والولاء لسيده، ولا قيمة على الزوج فيه. قال محمد: فإن باعها السيد بعد ذلك وهي غير حامل؛ كان[5] ما ولدت عند[6] المشتري رقيقاً[7].

وكذلك أرى إن لم يبعها وفسخ الشرط أو تفاسخاه، أو رجع السيد فيه، كل ذلك قبل أن تحمل فهو رقيق؛ لأنه رضي بفاسد[8] رد قبل وقوعه؛ فلم يلزم، وإن استحقت أَخَذَهَا المستحق وجميع ولدها، ورد عتق ما كانت ولدت قبل رد السيد؛ لأن العتق من السيد ليس من الأب الواطئ، فإذا استحق الولد كان للمستحق أن يرد العتق، ولو غره السيد[9] وزوجه على أنها ابنته، ثم ثبت أنها أمته؛ كان ولدها حُرّاً[10].

---

(١) قوله: (أو زوَّج ابنته) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (وإذا أسلمت امرأة المجوسيّ قبل البناء ثم بنى بها قبل أن يسلم) ساقط من (ب).

(٣) في (ب)، و(ت): (حرّاً).

(٤) قوله: (ليس) ساقط من (ش١) و(ح).

(٥) في (ب)، و(ت): (كانت).

(٦) في (ش١): (عبداً).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٥٣.

(٨) في (ح): (لأنه رضى فاسد).

(٩) قوله: (لأن العتق من السيد ليس من الأب الواطئ... ولو غره السيد) ساقط من (ب).

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠١.

ويختلف هل للسيد على الأب قيمة الولد؟ فقال ابن حبيب: له[١] قيمته.

وقال مطرّف فيمن باع أم ولده فولدت من المشتري: فلا شيء للبائع من قيمة الولد؛ لأنه أباح له فرجها بالبيع فكأنه أذن له في إيلادها[٢]. وقال ابن الماجشون: عليه قيمة الولد.

وقول مطرف في هذا أحسن، ولا شيء له في هذه، ولا في التي زوجها على أنها ابنته؛ لأنه سلطه على ذلك. فإن استحقت كان للمستحق على الزوج قيمة الولد، ولا شيء على السيد الذي زوج من قيمته.

وإن زوجه ابنته، فأدخل عليه أمته؛ ردت الأمة إلى السيد. ويختلف في قيمة الولد، حسب ما تقدم في الابنة[٣]، وللزوج أن يبني بالابنة التي تزوج.

وقال ابن حبيب: ولقد سألت ابن الماجشون عن الرجل يزوج الرجل ابنته فيحبسها ويبعث إليه أمته فيصيبها الزوج ثم يظهر على ذلك، فقال لي: أما الأمة فتلزمه بالقيمة؛ لأنه وطئها على شبهة درئ عنه بها الحد بمنزلة الذي يحلل له الجارية وأشباه ذلك كثير، وعلى الأمة الحد إلا أن تكون تدعي/ أنها ظنت أن سيدها زوجها إياه وعلى سيدها العقوبة الموجعة ونكاح الابنة ثابت[٤].

(ب ١٩٤/أ)

وفي الموازية، وفي كتاب ابن سحنون مثله[٥].

---

(١) في (ب): (عليه).

(٢) انظر: النوادر والزيادات ١٣/ ١٨٣.

(٣) قوله: (في الابنة) زيادة من (ح).

(٤) قوله: (ولقد سألت ابن الماجشون عن الرجل يزوج... ونكاح الابنة ثابت) يقابله في (ش١) و(ح): (ومن أدخل أمته على زوج ابنته فوطئها درئ عنه الحد ولزمته القيمة وتحد الأمة إلا أن تدعي أن سيدها زوجها منه ويعاقب السيد).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠١.

وفي السؤال: ومن زوج[1] ابنته لرجل، فأدخل عليه أمته أنها ابنته، فتلد؛ فإنها[2] تكون له بها تلد أم ولد[3]، وعليه قيمتها يوم الوطء، حملت أو لم تحمل، ولا قيمة عليه في الولد بمنزلة من أحل ابنته لرجل، وتبقى ابنته زوجة له، ولو علم الواطئ أن التي أدخلت عليه غير زوجته، ثم وطئها فهو سواء لا حد عليه.

---

(١) في (ح): (فيمن تزوج).

(٢) قوله: (فتلد؛ فإنها) في (ح): (فهذا).

(٣) قوله: (أم ولد) زيادة من (ح).

باب



في نكاح التفويض ومن تزوجت على حكمها أو على حكم الزوج أو الولي أو على[1] صداق المثل

نكاح التفويض[2] جائز لقوله سبحانه وتعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]. ثم[3] الزوج بالخيار بين أن يرد ولا شيء عليه، أو يفرض صداق المثل ويلزمه[4] النكاح، أو يفرض دون ذلك، وتكون هي بالخيار بين القبول، أو الرد، ولا شيء لها.

قال مالك: في صداق المثل: لا ينظر إلى نساء قومها، ولكن ينظر إلى قدرها، وموضعها من الجمال، واليسار، والفقر، وحال الزوج، وهل الرغبة في مثله كثرة[5] الصداق، أو[6] القربى، أو صلة الرحم[7].

قال مالك: وليس الرجل يغتفر فقره لقرابته، كالأجنبي الموسر يرغب في ماله.

وقوله هذا يصح مع عدم العادة، فإن كان قوم لهم عادة، لا يحطون بفقر ولا قبح[8]، ولا يزيدون ليسار وجمال؛ حملوا على عادتهم كأهل البادية اليوم.

---

(١) قوله: (على) ساقط من (ش١).

(٢) نكاح التفويض هو الزواج بلا مهر، قال في التلقين: ١/ ١١٦: (ونكاح التفويض جائز وصفته أن يعقدا ولا يسميا صداقا أو على أن يفرضاه بعد العقد).

(٣) قوله: (ثم) ساقط من (ش١).

(٤) في (ش١): (ويلزمها).

(٥) في (ح): (كثر).

(٦) في (ح): (أم).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ١٦٢.

(٨) في (ش١): (لا يحطون لفقر وقبح)، وفي (ح): (لا يحطون بفقر وقبح).

وللزوجة أن تمنع نفسها قبل معرفة الصداق وقبل قبضه، إلا أن تكون العادة أن الصداق مقدم ومؤخر؛ فلا تمتنع[1] إذا فرض الزوج صداق المثل، وعجل[2] النقد المعتاد، فإن رضيت أن تمكنه من نفسها[3] قبل أن يفرض شيئاً؛ جاز إذا دفع ربع دينار ويكون لها صداق المثل.

فصل

[في نكاح التفويض إذا فرض أقل من المثل قبل البناء]

وإن فرض قبل البناء أقل من صداق المثل؛ كان النظر إلى الأب إن كانت بكراً. واستحسن إن كان وصيّاً والزوجة بكراً أو ثيباً سفيهة، أن يكون النظر إلى الوصي، وإن كانت رشيدة فالأمر إليها.

واختُلِف إذا لم تكن[4] مراضاة حتى دخل، وفرض أقل من صداق المثل. فقال مالك في كتاب النكاح الأول[5] : لا يجوز للأب أن يضع من صداق ابنته البكر، إذا لم يطلقها الزوج[6]. وكذلك المفوض إليه بالدخول[7] يستحق عليه صداق المثل. فلا يجوز - على قوله - للأب أن يحط منه. وكذلك الوصي على هذا القول؛ لا يجوز أن يرضى بأقل من صداق المثل. وقال في كتاب النكاح [8] الثاني: يجوز ذلك[9] للأب ولا يجوز للوصي.

---

(١) في (ح): (فلا يمنع).

(٢) في (ح): (ويجعل).

(٣) قوله: (من نفسها) زيادة من (ب).

(٤) في (ح): (لم يكن).

(٥) قوله: (الأول) ساقط من (ح).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٠٣.

(٧) في (ش١): (إذا دخل).

(٨) قوله: (كتاب النكاح) يقابله في (ح): (الكتاب).

(٩) قوله: (ذلك) ساقط من (ح).

وقال ابن القاسم: يجوز للوصي على وجه النظر إذا سأل الزوج التخفيف، وخاف الوصي الفراق، ورأى مثله رغبة لها[١]. وقال أيضاً: يجوز عند مالك أن يرضى الولي قبل المسيس وبعده بأقل من صداق المثل[٢]. وهو أحسن، وقد تقدم.

فصل

[في موت أحد الزوجين قبل البناء وقبل الفرض في نكاح التفويض]

وإن مات الزوج أو الزوجة قبل البناء[٣] وقبل الفرض؛ كان بينهما الميراث، ولا صداق لها، وإن دخل ولم يفرض؛ فلها صداق المثل. وإن سمى في الصحة ولم يدخل؛ فلها تلك التسمية، وإن فرض في المرض ولم يدخل؛ فلا شيء لها، وإن كان الفرض والبناء في المرض؛ كان لها الأقل من المسمى أو صداق المثل من رأس المال؛ لأن العقد في الصحة والدخول في المرض بوجه- جائز، ففارق النكاح في المرض. وإن كانت مريضة وهو صحيح[٤] وفرض في مرضها، ثم ماتت وهو مريض ولم يدخل؛ فلا شيء لها إن مات من مرضه ذلك. قال أصبغ: وإن صح بعد موتها؛ لزمه ذلك لورثتها. قال محمد: ولا[٥] يعجبني ذلك[٦].

---

(١) في (ش١): (ورأى أن مثله فيه رغبة لها). وانظر: المدونة: ٢/ ١٦٣.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٦٣، ١٦٤.

(٣) في (ش١): (الرِّضا).

(٤) قوله: (وهو صحيح) ساقط من (ب).

(٥) في (ح): (ولم).

(٦) قوله: (ذلك لورثتها. قال محمد: ولا يعجبني ذلك) غير واضح في (ش١). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٣.

وقولُ أصبغ أنه[1] أحسن؛ لأنه إذا صح تبين أن ذلك مرض لا يخشى منه الموت، وأنهم أخطأوا في ظنهم[2] أنه مما يموت[3] منه، فكان بمنزلة من فرض وهو صحيح، وهي مريضة.

قال محمد: ولو سمى لها وهو مريض وهي ذمية أو أَمَة، ولم يبنِ بها[4] حتى مات؛ أعطيت ذلك المسمى، قلَّ أو كثر[5]، ويحاص به أهل الوصايا. قال عبد الملك: لا شيء لها إن لم يدخل حتى مات؛ لأنه لم يسمِّ إلا على المصاب[6]. وهو أحسن؛ لأنه لم يقصد الوصية وإنما قصد الصداق وأحكامه وأن تؤخذ على ما يجب في حكم الصداق.

وقال محمد: إن دفع الزوج شيئاً، ثم طلق قبل البناء، فإن كان ذلك صداق مثلها، أو تراضوا به وهو أقل من صداق مثلها، لم يكن للزوج إلا نصفه، وإن لم يكن فيما دفع صداق مثلها، ولا كانوا رضوا[7] به، لم يكن لها منه شيء، ولا يقبل قولهم بعد الطلاق أنهم كانوا رضوا به، إلا أن يكون[8] لهم بينة بذلك[9].

قال مالك: وإن قدَّم[10] الزوج شيئاً فأدخلوها عليه ثم طلبوا بقية مهر مثلها، فلا شيء لهم إلا أن يكون المدفوع لا يشبه أن يكون صداقاً، مثل الدرهمين، أو الثلاثة أو الطعام يبعث به، فيرجع عليه بصداق مثلها.

---

(١) قوله: (أنه) زيادة من (ح). (٢) في (ح): (طبهم).

(٣) قوله: (أخطأوا في ظنهم أنه مما يموت) غير واضح في (ش١).

(٤) قوله: (بها) ساقط من (ب).

(٥) كذا في النوادر، غير أن القلة والكثرة اشترطها في حدود الثلث لا مطلقاً.

(٦) في (ش١): (المصادقة). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٤.

(٧) في (ح): (تراضوا). (٨) في (ش١) و(ح): (تكون).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٣. (١٠) في (ب): (فرض).

وكذلك إن مات قبل أن يدخل وقد سمى لها صداقاً في صحته[١]، فإن كانت رضيت به قبل أن يمرض؛ فذلك لها[٢] من رأس ماله[٣]، قليلاً كان أو كثيراً.

فصل

[في أحكام نكاح التفويض]

نكاح التفويض على ثلاثة أوجه:

جائزٌ: وهو ما كان التفويض فيه إلى الزوج، أو عَقَدَ ولم يذكر الصداق، ولا أسقط[٤].

وفاسدٌ: وهو ما دخل فيه على رفع الخيار، وعلى أن ما فَرَضَ مَنْ فَوَّضَ إليه لزم قليلاً أو كثيراً.

ومختلفٌ فيه: وهو أن يكون التفويض إلى الزوجة أو إلى وليها أو أجنبي من الناس، أو يقول: أتزوجك على حكمي، أو حكمك، أو حكم وليك، أو حكم فلان؛ فهذا يمنع ابتداءً، فإن نزل مضى عند مالك[٥]. وقال سحنون[٦]: قال غيره: يفسخ إذا لم يفت بالدخول[٧]. وقال عبد الملك في كتاب محمد: يجوز على حكمه، ولا يجوز على حكمها، وإطلاق العقد يقتضي الفساد؛ إلا بمهر[٨]

---

(١) قوله: (في صحته) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (لها) زيادة من (ب) و(ح).

(٣) في (ش١): (رأس المال).

(٤) في (ش١): (أسقطه).

(٥) قوله: (عند مالك) يقابله في (ب): (عند ابن القاسم) وساقط من (ح)، وانظر: المدونة: ٢/ ١٦٧.

(٦) في (ب): (إسحاق).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ١٦٨.

(٨) قوله: (بمهر) غير مقروء في (ح).

كان[1] الحكم من زوج أو زوجة أو ولي؛ لأن مقتضى الحكم رفع الخيار، وذلك فاسد، إلا أن تكون العادة بقاء الخيار لمن يحكم عليه.

واختلف بعد القول إنه يمضي على ثلاثة أقوال: فذكر ابن حبيب عن ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ: أن الفرض يرجع إلى الزوج، وسواء جعل الحكم إليه، أو إليها، أو إلى أجنبي./ وعن أشهب وعبد الملك مثل ذلك، إذا كان الأمر بيد الزوج أو بيد أجنبي، وإن كان الأمر[2] بيدها لم يلزمها، وإن كان[3] فرض صداق المثل.

(ب) ١٩٤/ب

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: إن رضيت بما حكم أو رضي بما حكمت أو رضيا بما حكم فلان، وإلا فرق بينهما[4]. واتفقت هذه الأقوال إذا كان الأمر بيد غير الزوج ألا[5] يلزم الزوج ما فرضت، ولا ما فرض فلان، وإنما الاختلاف: هل يعود الأمر إلى الزوج، أو لا يلزم من الصداق إلا ما تراضيا عليه؟ وليس القول بعودة ذلك إلى الزوج ببين؛ لأنه غير ما عقدا عليه، ولها أن تقول: لا أرضى بصداق المثل إن فرضه[6] الزوج؛ لأني إنما تزوجت على حكمي، وحكمي كذا وكذا، فإن رضي، وإلا فارق.

وإن دخلا على حكم فلان فقالت: لا أرضى إلا بمن رضينا[7] به، فقد يفرض لي أكثر من ذلك. فأما إن دخلا على حكم فلان ففرض صداق المثل

---

(١) قوله: (الفساد؛ إلا بمهر كان) يقابله في (ش١): (الفساد لأيّهم كان).

(٢) قوله: (الأمر) زيادة من (ش١).

(٣) قوله: (كان) ساقط من (ش١) و(ح).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٥٢.

(٥) في (ح): (أو لا).

(٦) قوله: (ببين؛ لأنه... فرضه) غير واضح في (ش١).

(٧) في (ش١): (رضي).

-لزمهما[١]؛ لأنه وكيل له على الشراء، ولها على البيع؛ فإذا باع لها واشتراه[٢] له بالقيمة - لزمهما[٣]. وإن اشترى بأكثر خُيِّر وحده، وإن باع بأقل خيرت وحدها، إلا أن تكون المغابنة الشيء اليسير عليه، أو عليها فيلزمها[٤]؛ لأن المغابنة اليسيرة تلزم من وكله من بائع أو مشترٍ. وإن دخل على حكمها ففرضت صداق المثل فأقل؛ لزمه. وإن فرضت أكثر كان بالخيار.

---

(١) في (ح): (لزمها).

(٢) قوله: (فإذا باع لها واشتراه) يقابله في (ح): (فإذا باع لها أكثر واشترى).

(٣) في (ب): (لزمها).

(٤) في (ح): (فيلزمها).



باب
في[1] الدعوى في الصداق والاختلاف فيه

اختلاف الزوجين في الصداق على خمسة أقسام: في قدره وجنسه، وفي دفعه. وهل كان على[2] تسمية أو تفويض؟ وفي صحته وفساده.

فإن اختلفا في قدره، فقالت مائة، وقال الزوج خمسون؛ فإن لم يدخل وأتيا بما يشبه -تحالفا وتفاسخا[3]، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر-كان القول قول من حلف منهما، وثبت النكاح، وإن حلفت ونكل؛ غرم مائة، وإن حلف ونكلت؛ غرم خمسين. وهذا قول مالك في المدونة[4].

وقد اختلف في هذه المسألة[5] أربعة[6] مواضع:

أولها: مَن المبدَّى باليمين.

والثاني: هل تحالفهما فسخ، كاللعان، أو حتى يتفاسخا؟

والثالث: هل نكولهما كأيمانهما، أو يعود القول قول من نكل منهما أولاً؟

والرابع: إذا أتى أحدهما بما يشبه، والآخر بما لا يشبه[7].

فأما التبدية فقال مالك: تبدى الزوجة، أو الولي إذا لم تعلم هي ما عقد لها به[8].

---

(١) قوله: (في) ساقط من (ش١) و(ح).
(٢) قوله: (على) ساقط من (ح).
(٣) انظر: الإشراف: ٢/ ٧١٧.
(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٦٥و١٦٦.
(٥) قوله: (هذه المسألة) زيادة من (ش١).
(٦) في (ح): (في أربع).
(٧) قوله: (والآخر بما لا يشبه) ساقط من (ب).
(٨) انظر: التلقين: ١/ ١١٦.

وروى عنه الواقدي[١] في[٢] مختصر ما ليس في المختصر أنه[٣] قال: يبدى الزوج. وهذا مثل قوله في العتبية في اختلاف المتبايعين: أنه يبدى المشتري، وأن يقترعا أحسن[٤].

وأما إذا تحالفا فقال سحنون: هو فسخ كاللعان. وقال ابن حبيب: الزوج بالخيار إن شاء يقدم[٥] على ما حلفت عليه، وإن شاء ترك[٦]، ولم يره منفسخاً بنفس التحالف، وعلى هذا يكون للزوجة أن ترضى بخمسين، ويثبت[٧] النكاح إن لم يرضَ هو بالمائة، وإن طلقها ثلاثاً[٨] قبل التفاسخ لزمه، وإن مات أحدهما توارثا، وهو أحسن؛ لأن أيمانهما إنما تفيد ألا يؤخذ أحدهما بغير ما اعترف به[٩]، ولا بغير ما حلف عليه، وهذا قصدهما، إلا أن يكونا عقدا أن تحالفهما فَسخٌ، لا مقال بعده في النكاح لواحد منهما؛ فيلزمه ما التزماه.

وأما إن نكلا فقيل: ذلك بمنزلتهما[١٠] لو حلفا. وقيل: القول قول المرأة. والأول أحسن. وذكر ذلك في كتاب السلم وكذلك إن أتى أحدهما بما يشبه والآخر بما لا يشبه، ولم يكن بنى بها، فقال مالك مرة: يتحالفان ويتفاسخان[١١]. وقال مرة: القول قول من أتى بما يشبه دون الآخر. وهو أصوب؛ لأن ذلك دليل له كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل. وإن اختلفا بعد البناء؛ كان القول قول الزوج مع يمينه إذا أتى بما يشبه؛ لأنه حينئذ غارم، وقد فات

---

(١) في (ش١): (وروى الواقدي عن مالك).

(٢) في (ح): (وفي).

(٣) قوله: (أنه) زيادة من (ش١).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٨/ ٤٠٤.

(٥) في (ح): (تقدم).

(٦) في (ح): (نزل).

(٧) في (ب) و(ت): (وثبت).

(٨) قوله: (ثلاثاً) ساقط من (ش١).

(٩) قوله: (به) ساقط من (ح).

(١٠) في (ش١): (بمنزلة ما).

(١١) انظر: المدونة: ٢/ ١٦٦.

المبيع بالدخول. وكذلك إذا طلق وقد دخل أو لم يدخل؛ لأنه غارم، وقد فات موضع الفسخ بالطلاق[١].

فصل

[في الاختلاف في جنس الصداق]

واختلف إذا اختلفا في جنسه فقال: تزوجتك على هذا الثوب، وقالت: على هذا[٢] العبد. فقيل: القول قول الزوج، أنه لم يبع على[٣] ذلك العبد، والقول قولها، أنها لم تتزوج على ذلك الثوب، فيتحالفان ويتفاسخان قبل، ويثبت بعد، ولها صداق المثل ما لم تكن قيمة ذلك فوق ما ادعت، أو دون ما ادعى الزوج، وهذا بخلاف البيع؛ لأن النكاح إذا تزوجت على عبد فاستحق؛ ترجع[٤] إلى قيمته. فإن كانت قيمته أكثر من صداق المثل؛ كان ذلك مكارمة منه[٥]. فإن ردت إلى صداق المثل؛ رجعت إليه مكارمته[٦]. وإن كانت قيمته أقل؛ كانت مكارمة منها، فإن استوفت صداق المثل؛ رجعت[٧] إليها مكارمتها. وكذلك هذا أن[٨] لها صداق المثل[٩] ما لم يزد[١٠] على قيمة العبد، أو ينقص[١١] من قيمة الثوب.

وقال ابن القصار: إن اختلفا بعد الدخول؛ كان القول قول الزوج مع

---

(١) قوله: (أو لم يدخل؛ لأنه غارم، وقد فات موضع الفسخ بالطلاق) غير واضح في (ش١).

(٢) قوله: (هذا الثوب، وقالت: على هذا) غير واضح في (ش١).

(٣) قوله: (على) ساقط من (ب) و(ح).

(٤) في (ح): (يرجع).

(٥) قوله: (منه) ساقط من (ح).

(٦) في (ح): (مكارمة).

(٧) قوله: (إليه مكارمته. وإن كانت قيمته أقل؛ ... رجعت) ساقط من (ب).

(٨) في (ت): (هذان).

(٩) في (ش١): (مثلها).

(١٠) في (ب): (تزد).

(١١) في (ب): (تنقص).

يمينه، ولا يكون عليه إلا ما أقر أنه تزوج به، ووافق إذا اختلفا قبل البناء.

وقال أصبغ في ثمانية أبي زيد: إن اختلفا بعد البناء في صنفين، فقال تزوجتك بجاريتي، أو عبدي أو داري، أو أرضي[١]، أو جناني. وقالت: بدنانير أو ثياب، فالقول قول الزوج، إذا كان ذلك مما يصدقه النساء، وإن ادعى ما لا يشبه[٢]، كالخشب والجلود، وقالت: تزوجتني بجاريتك، أو عبدك، أو دارك، أو جنانك، أو ما أشبه ذلك، مما يتزوج به النساء - فالقول قولها[٣]، إذا كانت قيمة ذلك مثل ما تزوج به فأقل. وإن ادعيا ما يشبه في الصنفين؛ كان القول قول الزوج[٤]، وإن كان لا يشبه أن يتزوج بواحد منهما؛ تحالفا وتفاسخا، وكان لها صداق المثل. وإن اتفقا على صنف، واختلفا فادعت أكثر مما أقر به؛ كان القول قول الزوج./

(ب) ١٩٥/أ

فصل

[في الاختلاف في دفع الصداق]

وإن كان أبواها ملكاً للزوج، فقال: تزوجتك على أبيك، وقالت على أمي: تحالفا وتفاسخا، وعتق[٥] الأب على الزوج بإقراره أنه حر، وكذلك إن نكلا. وإن حلف ونكلت؛ عتق الأب عليها، ورقت الأم. وإن نكل وحلفت؛ عتقا جميعاً[٦]، فيعتق[٧] الأب على الزوج بإقراره، والأم على الزوجة؛ لأنها استحقتها باليمين[٨].

---

(١) في (ح): (إرثي).

(٢) في (ب): (يصدقنه).

(٣) في (ب): (قوله).

(٤) قوله: (قول الزوج) بياض في (ش١).

(٥) في (ش١): (وأعتق).

(٦) قوله: (جميعاً) ساقط من (ش١).

(٧) قوله: (فيعتق) ساقط من (ح).

(٨) في (ش١): (بالثمن).

وإن اختلفا في دفع الصداق قبل البناء؛ كان القول قول من أنكر القبض من امرأة أو ولي مع يمينه. وإن اختلفا بعد البناء؛ كان القول قول الزوج إذا[1] كان دخول اهتداء، قال ابن القاسم: مع يمينه، وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: إن كان قريباً، وجاءت بلطخٍ، حلف وإن طال، فلا يمين عليه[2].

وقال ابن القاسم في العتبية في امرأة في صداقها خادم ادعى الزوج أنه صالحها منها على دنانير دفعها إليها، وأنكرت، فالزوج مدعٍ، وإن أقرت بالصلح صدق الزوج في دفعه، ولا شيء لها[3]. يريد: إذا بنى؛ لأنه إذا أنكر[4] الصلح، مقرّاً[5] أنه لم يدفع الخادم مدعٍ عليها أنها باعتها منه؛ فكان القول قولها أنها لم تبع، ولو اتفقا أن الصلح عنها وكان بعد الدخول؛ صدقت أنها لم تقبض العوض.

واختلف إذا كان بعض الصداق يحل بعد الدخول، فلم يدخل حتى حل. فقال مالك: القول قول الزوج أنه دفع قبل أن يدخل[6]. لأنه يقول: لها أن تمتنع من البناء حتى تقبض المؤجل إذا حل قبل، وهي عالمة أن ذلك لها.

وقال محمد بن عبد الحكم: له أن يبني بها وتطالبه.

وفي السليمانية: له أن يبني وإن تبين عسره[7] بالمهر قبل البناء. وهو أبين؛ لأنها رضيت أن تسلم نفسها، وتتبع الذمة، ولو باع رجل سلعة بثمن إلى

---

(١) في (ب) و(ت) و(ش١): (وإذا).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٩.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ١٤١، والنوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٩.

(٤) قوله: (لأنه إذا أنكر) يقابله في (ح): (لأنها إذا أنكرت).

(٥) في (ح): (فأقر). ولعلها : (مقرا أنه دفع الخادم مدعى عليها ...).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٧٨.

(٧) قوله: (وإن تبين عسره) يقابله في (ش١): (وإن عسرت).

أجل فحلَّ الأجل قبل تسليم السلعة، ثم تبين عسر المشتري، كان للبائع ألا يسلمها، بخلاف النكاح؛ لأنه لو كان سلمها[١] كان له الآن أن يرتجعها[٢]، فيأخذها في الفلس[٣]، وليس كذلك[٤] النكاح إذا بنى ثم أعسر بالمهر؛ لم يكن لها أن تمنع نفسها.

واختلاف ورثة الزوجين أو أحدهما كاختلاف الزوجين[٥]، فإن ماتت[٦] قبل الدخول كان القول قول ورثتها[٧] مع أيمانهم[٨] أنها لم تقبضه، إلا أن يقولوا: لا علم لنا، ولا يدعى عليهم العلم؛ فيكون لهم قبضه بغير يمين. وإن مات الزوج بعد البناء وقالت: لم أقبض المقدم؛ كان القول قول ورثته مع أيمانهم. فإن قالوا: لا علم لنا وكانوا ممن لا يخالطه[٩] برئوا بغير يمين، فليس الولد كالعصبة. وإن مات الزوجان كان القول قول ورثتها إن ماتت[١٠] قبل البناء، والقول قول ورثته إن مات بعده[١١].

فصل

[فيما إذا كان الصداق رهناً]

وإن أخذت بالصداق رهناً ثم سلمته كان القول قول الزوج مع يمينه أنه

---

(١) في (ش١): (يسلمها).

(٢) قوله: (كان له الآن أن يرتجعها) يقابله في (ح): (كان له أن لا يرتجعها).

(٣) في (ش١): (التفليس)، وفي (ح): (العسر).

(٤) قوله: (وليس كذلك) يقابله في (ح): (واليسر وكذلك).

(٥) قوله: (كاختلاف الزوجين) ساقط من (ح).

(٦) في (ت): (مات).

(٧) في (ت): (ورثتهما).

(٨) في (ح): (أيمانها).

(٩) في (ب) و(ت): (يخالطوه).

(١٠) في (ب) و(ت): (مات).

(١١) قوله: (قول ورثتها إن ماتت قبل البناء، والقول قول ورثته إن مات بعده) يقابله في (ح): (قول ورثة من مات بعدُ).

دفع وتبرأ[١]، وسواء دخل أم لم يدخل، واختلف إذا دخل وبقي الرهن في يدها، فقال سحنون: القول قول الزوج مع يمينه، ويأخذ[٢] رهنه[٣]. وقال يحيى في المنتخبة[٤]: القول قولها مع يمينها، وهو أبين كمن باع سلعة وسلمها، وبيده رهن بالمبيع، فالقول قول البائع، مادام الرهن بيده. وإن أخذت بالصداق حميلاً كان الاختلاف على ثلاثة أقسام:

فإما أن يكون الاختلاف بين الزوج والحميل خاصة في أيهما دفع، والزوجة[٥] مصدقة في قبض صداقها. أو يكون الاختلاف بينهما وبين الزوجة خاصة، تقول: لم أقبض، ويقولان[٦]: قد قبضتِ، واتفقا أن الدفع كان من الزوج أو من الحميل. أو يكون الاختلاف بين جميعهم، فالزوج يقول: دفعتُ، والحميل يقول: أنا الدافع، والزوجة تقول: لم أقبض. فإن [٧] أقرت بالقبض، واختلف الزوج والحميل في أيهما دفع واتفقا أن المرأة لم تقبض إلا مائة واحدة؛ لأن الدفع كان بمحضرهما، أو أرسلا بها[٨] رسولاً؛ كان القول قول الزوج مع يمينه، فإن نكل حلف الحميل، ورجع على الزوج، ولا يمين على الزوجة في الوجهين جميعاً.

وإن كان دفع كل واحد بغير محضر صاحبه سئلت المرأة: أيهما كان الدافع؟ فإن قالت: الزوج حلفت للحميل، ولم يكن بين الحميل والزوج

---

(١) قوله: (تبرأ) زيادة من (ش١)، وفي (ح): (دنَانير).

(٢) في (ح): (وتأخذ).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٧٩.

(٤) في (ش١): (المستخرجة).

(٥) قوله: (في أيهما دفع، والزوجة) يقابله في (ح): (وأيهما دفع الزوج).

(٦) في (ب): (ويقول).

(٧) قوله: (فإن) ساقط من (ح).

(٨) في (ب) و(ح): (بهما).

مقال، وإن نكلت حلف الحميل، ورجع عليها.

فإن قالت: قبضت ذلك من الحميل؛ كان القول قول الزوج أنه دفع ذلك إليها؛ لأنه يقول لم أقبض ما اشتريت حتى دفعت ما علي، ولم يدفع أَحدٌ عني شيئاً، وكان القول قوله أنه دفع عن نفسه، حتى يعلم أن غيره الدافع عنه. ويحلف الزوج يمينين؛ يميناً[١] للزوجة أنه دفع ذلك إليها، ويميناً للحميل: إني لا أعلم أنك دفعت قبل دفعي شيئاً. فإن نكل عن اليمين للزوجة حلفت أنها لم تقبض ذلك منه، وغرمه الزوج للحميل، فإن نكلت برئ الزوج، وغرمت هي للحميل. وإن حلف للزوجة ونكل عن اليمين للحميل حلف الحميل: إنك تعلم أني دفعت ذلك[٢] قبل دفعك، ورجع عليه. فإن نكل فلا شيء له على الزوج.

فإن قالت: لم أقبض من واحد منكما شيئاً، ولم يبنِ بها، فإن ادعت دفع مائة واحدة حلفت يميناً واحدة وأخذت من الزوج، إلا أن يكون معسراً[٣] فيأخذ من الحميل. وإن ادعى كل واحد أنه دفع إليها مائة من غير محضر صاحبه حلفت يميناً للزوج ويميناً للحميل، فإن حلفت للحميل ونكلت للزوج حلف الزوج وبرئ، ولا شيء للحميل على الزوج إذا لم يَدَّعِ عليه العلم، وإن حلفت للزوج ونكلت للحميل حلف الحميل، ورجع على الزوج؛ لأن يمينها للزوج توجب[٤] أن يغرم لها الصداق، ويمين الحميل عند نكولها توجب أن يكون الحميل[٥] هو الدافع بالحمالة فوجب أن يرجع عليه. وإن نكلت الزوجة والزوج وحلفت للحميل غرم لها الزوج، ولا شيء للحميل، / وإن حلفت لهما

(ب)
١٩٥/ب

---

(١) قوله: (يميناً) ساقط من (ب).
(٢) في (ب): (لك).
(٣) في (ح): (معدما).
(٤) في (ح): (موجب).
(٥) قوله: (الحميل) ساقط من (ب) و(ش١).

جميعاً وادَّعى الحميل على الزوج أنه يعلم أنه دفعه عنه بوجه جائز - حلف الزوج، فإن نكل حلف الحميل، ورجع عليه.

وقال ابن حبيب إن قال حامل الصداق بعد البناء: إنها[(١)] قبضت ذلك منه، أو زعم الحميل أنها قبضت ذلك من الزوج فهو مصدق مع يمينه، ويسأل الزوج، فإن زعم أن الحامل بريء أو قال في الحمالة: إني برئت[(٢)] منه - صدق مع يمينه. وإن قال في الوجهين: لم تقبض الزوجة شيئاً - لم يلزم الحامل[(٣)] ولا الزوج شيء، وأما في الحمالة فيلزم الزوج دون الحميل، وإن قال الحميل: دفعته إليها وأكذبه[(٤)] الزوج برئ الحميل من الحمالة[(٥)]، ولم يوجب له رجوع به على الزوج إلا ببينة، ويؤديه[(٦)] الزوج إلى المرأة بإقراره[(٧)].

فصل

[في صداق المرأة التي هلكت قبل البناء]

ومن المدونة قال مالك في رجل تزوج امرأة فهلكت قبل البناء، فطولب بالصداق، فقال: تزوجت على تفويض، فالقول قوله مع يمينه، وله الميراث، ولا صداق عليه[(٨)].

وعلى قوله إن طلق قبل البناء؛ حلف ولا شيء عليه. وإن مات الزوج وادعت الزوجة تسمية الصداق، وقال ورثة الزوج[(٩)]: كان على تفويض[(١٠)] -

---

(١) زاد بعده في (ش١): (وضعت).
(٢) قوله: (إني برئت) يقابله في (ح): (أبرئت).
(٣) في (ش١): (الحميل).
(٤) في (ش١): (وأنكر به).
(٥) قوله: (من الحمالة) زيادة من (ش١).
(٦) في (ش١): (ويرد به).
(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٩.
(٨) انظر: المدونة: ٢/ ١٦٥.
(٩) قوله: (ورثة الزوج) يقابله في (ح): (ورثته).
(١٠) في (ح): (التفويض).

كان القول قولهم مع أيمانهم، ولها الميراث دون الصداق.

وقال مالك في كتاب محمد فيمن زوج ابنه صغيراً من ابنة رجل صغيرة[١]، فمات الصبي، وطلب أبو الصبية المهر، فقال أبو الصبي: كان على التفويض، فليس لها إلا الميراث، إن كان ترك شيئاً. قال محمد: إذا حلف أبوه[٢].

ولمحمد في بعض النسخ: قال مالك: فإن كان لها شاهد على تسمية المهر أُخِّرَتْ حتى تبلغ؛ لتحلف وتأخذ[٣]. قال محمد: بعد يمين أبيها[٤]. قال: وليس بمنزلة لو[٥] باع لها بيعاً، ولم يشهد فيه إلا شاهد، فإن للأب أن يحلف عنها ويأخذ؛ لأنه إن لم يحلف الأب لزمه غرم ما نكل عنه إن لم يتوثق بالإشهاد؛ لأنه لا يكون بيعٌ إلا بثمن معروف وإشهاد، والنكاح يكون على تفويض، وإنما يلزمه الإشهاد في أصل النكاح، ولا يلزمه في تسمية المهر[٦].

قال محمد: وذلك عندي ما لم يدَّعِ أبوها التسمية، فإن ادَّعى ذلك؛ فقد ضيع التوثق[٧]، فإن شاءت بعد أن تكبر أن تلزم أباها، فيحلف الأب ويأخذه من تركة الصبي، وإن تركت أباها حلفت مع شاهدها، وأخذت من مال زوجها[٨].

ومحمل قوله: على أن النكاح عندهم يكون على تسمية وعلى تفويض، فإن

---

(١) قوله: (من ابنة رجل صغيرة) ساقط من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٧.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٧.

(٤) في (ب) و(ت) و(ش١): (أبيه). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٧.

(٥) في (ح): (من).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٧.

(٧) في (ب): (التسمية).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٨.

كان قوم عادتهم التسمية خاصة لم يصدق الزوج إن ادعى التفويض، وكان القول قول من ادعى التسمية، إذا أتت هي أو وليها بما يشبه.

فصل

[في الصداق: صحته وفساده]

وإن ادعى الفساد وادعت الزوجة الصحة، ولم يكن بِناء، فُرِّقَ بينهما؛ لإقرار الزوج على نفسه، وكان القول قولها في الصحة، وتأخذ نصف الصداق، إلا أن يكون ذلك مما يؤدي إلى اختلاف في الثمن، فيحلف الزوج وحده، ويسقط عنه الصداق. وإن كانت هي المدعية للفساد لم يصدق في الفراق.

وقال ابن حبيب: إن أقامت شاهداً أنها تزوجت بمائة نقداً ومائة إلى موت أو فراق، فإن ادعت ذلك بعد الدخول حلفت مع شاهدها، واستحقت صداق المثل، ما لم يكن أقل من المائة فلا ينقص منها شيئا[1]، وإنما حلفت مع شاهدها؛ لأنه فات موضع الفسخ[2].

قال: وإن ادعت ذلك قبل البناء ففيه اختلاف، فكان ابن القاسم يقول: لا تحلف مع شاهدها؛ لأنها مدعية فسخ نكاح، ولا يكون فسخ إلا بشاهدين[3]. وقال أصبغ: تحلف مع شاهدها؛ لأن الفسخ لا يجب بذلك حتى يخير[4] الزوج، فإن شاء عجل ذلك كله وثبت النكاح، وإن أبى قيل

---

(١) قوله: (شيئا) زيادة من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٨١.

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٠٢.

(٤) في (ب): (يجيز).

لها: أسقطي المؤخر، ويثبت[1] النكاح، فإن أبت فسخ النكاح[2]. قال: ولو ادعت ثمرة لم يبدُ صلاحها بانفرادها لم تحلف مع شاهدها قبل البناء؛ لأنه فسخ محض، ولا خيار فيه للزوج[3].

---

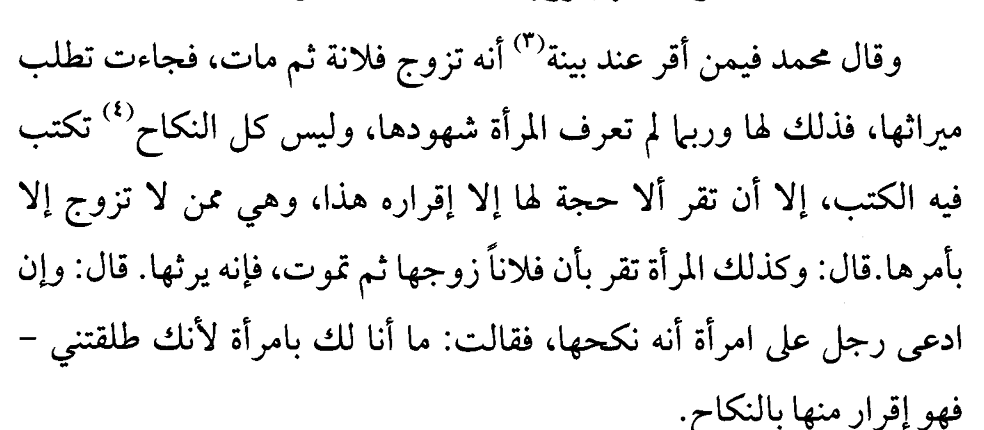
(١) في (ح): (وثبت).

(٢) انظر المسألة في النوادر والزيادات: ٤/ ٤٨٠، ٤٨١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٨١.

باب

في[1] الإقرار بالزوجية في الصحة والمرض[2]، والمرأة يدعي نكاحها رجلان، ومن تزوج ابنة رجل فأنكره وقال: بل زوجتك هذه الأخرى



وقال محمد فيمن أقر عند بينة[3] أنه تزوج فلانة ثم مات، فجاءت تطلب ميراثها، فذلك لها وربما لم تعرف المرأة شهودها، وليس كل النكاح[4] تكتب فيه الكتب، إلا أن تقر ألا حجة لها إلا إقراره هذا، وهي ممن لا تزوج إلا بأمرها. قال: وكذلك المرأة تقر بأن فلاناً زوجها ثم تموت، فإنه يرثها. قال: وإن ادعى رجل على امرأة أنه نكحها، فقالت: ما أنا لك بامرأة لأنك طلقتني - فهو إقرار منها بالنكاح.

وفي كتاب ابن سحنون أن الإقرار بالنكاح إنما يجوز في الطارئين، ولا يجوز في غيرهما، وإن دخلا حُدًّا. قال: وإن لم يدخلا وأقر الولي بإنكاحه جاز. ويستأنف الإشهاد، وإن أنكر الولي لم يثبت بإقرار الزوجين، وإن مات الزوج جاز ولها المهر والميراث. قال: فإن أقر في مرضه أنه تزوجها في الصحة أو في المرض لم يجز، ولا مهر لها ولا ميراث[5].

وإن أقرت في الصحة أنها تزوجت فلاناً بألف درهم ثم جحدت، وادعى

---

(١) قوله: (في) زيادة من (ش١).

(٢) قوله: (في الصحة والمرض) ساقط من (ش١).

(٣) في (ب): (فيمن أقام بينة).

(٤) في (ت): (الناس).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٣٨٠.

الزوج ذلك، وأقر به الولي، جاز وَأُمرا[١] بالإشهاد. وإن أنكر الولي لم يلزمها إقرارها وإن تمادت عليه، وإن أقرت في مرضها أنها تزوجته في صحتها[٢] فصدقها الولي لم يقبل قولها، وإن أقرت في الصحة ثم مرضت وماتت، وصدقها الولي أنه إن[٣] زوجها منه في صحتها، وادعى ذلك الزوج بعد موتها، فله الميراث، وعليه الصداق[٤]. وجميع هذا بيِّن إلا قوله: إن أنكر الوليُّ وتمادت على الإقرار لم يلزمها؛ لأنه يمكن أن تكون صدقت جحد الولي، فأرى أن يستأنف العقد بولي، فإن كانت صدقت لم يضر واستأنفا[٥] الآن. وإن كذبت كان هذا عقداً مبتدأ؛ لأنها طائعة بذلك[٦] غير مكرهة.

فصل

[في المرأة يدعي نكاحها رجلان]

وإن ادعى رجلان نكاح[٧] امرأة وأنكرتهما، فأقاما البينة، فإن تكافئا في العدالة فسخ النكاحان عند مالك[٨]، واختلف/ إذا كان أحدهما أعدل فقال ابن القاسم: يفسخ النكاحان كالأول بخلاف البيع[٩]. وقال سحنون: هي للأعدل والنكاح والبيع سواء. وقال غيره: لا ينظر إلى الأعدل في النكاح، ولا في البيع. وهو أحسن، إذا كانت الشهادة عن مجلسين؛ لأنه ليس بتكاذب، ويجوز أن تكون الشهادتان صحيحتين، وإن كانت الشهادة عن مجلس قضي بالأعدل؛ لأنه تكاذب. وإن أقرت الزوجة بأحدهما وأنكرت الآخر، فكالأول

(ب) ١٩٦/أ

(١) في (ب) و(ت) و(ش١): (وأمر).
(٢) في (ب): (صحة)، وفي (ح): (صحته).
(٣) قوله: (إن) ساقط من (ح).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٣٨٠، ٣٨١.
(٥) في (ب): (لم يضر استئنافه).
(٦) قوله: (بذلك) ساقط من (ح).
(٧) في (ب) و(ت): (إنكاح).
(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٤١.
(٩) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٤.

بمنزلتها إذا أنكرت[١].

واختلف إذا أقرت لهما، وقالت: هذا الأول منهما. فقال ابن القاسم في الكتاب الأول[٢]: لا ينظر إلى قولها، ويفرق بينها وبينهما بطلقة، وتنكح من أحبت منهما، أو من غيرهما[٣]. وقيل[٤]: يقبل قولها، وهو أحسن. إن أقرت لمن ترغب[٥] عنه منهما.

وقال محمد: إن تزوجت غيرهما وقعت على كل واحد منهما طلقة، وإن تزوجت أحدهما لم يكن عليه طلاق. وأما السلعة فإن كانت مما لا تنقسم فالشركة فيها عيب، فإن كانا راغبين فيها اقترعا على أيهما وقعت عليه القرعة رفع يده عنها، ثم تكون للآخر؛ لأن عيب الشركة قد ذهب برفع يد أحدهما عنها، ولا مقال في ذلك للبائع؛ لأنه مقر بانتقال ملكه عنها، وكذلك إن دعا كل واحد إلى ردها، فمن ابتدأ بالرد صح رده، ولزمت الآخر؛ لزوال عيب الشركة.

وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب فيمن زوج إحدى ابنتيه وهما بكران، ثم اختلفا، فقال الزوج: أنكحتني فلانة، وقال الأب: بل فلانة، فلا يثبت النكاح حتى يجتمعا على امرأة واحدة، ويحفظ الشهود اسمها[٦]. قال أصبغ: وسواء شهدت بينة بالنكاح أو لم تشهد. قال أصبغ[٧]: ولا أرى بينهما تحالفاً[٨]؛ لأنه بمنزلة من ادعى نكاح امرأة فأنكرت، أو ادعت هي[٩] نكاح

(١) في (ب) و(ح): (أنكرتهما).

(٢) قوله: (في الكتاب الأول) ساقط من (ح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٤.

(٤) في (ح): (وقال أشهب).

(٥) في (ح): (يرغب).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٤٠.

(٧) قوله: (قال أصبغ) ساقط من (ت).

(٨) في (ب): (تخالفاً).

(٩) قوله: (هي) زيادة من (ح).

رجل فأنكرها، فلا يثبت النكاح إلا بابتدائه وتجديده. قال: وكذلك إن ماتت إحداهما فلا ميراث له منها[١] ؛ لأنه لا يرث أحد أحداً بالشك. قال: وعليه الصداق؛ لأنهما تقارَّا جميعاً بنكاح واحد[٢]، وإن رجع الزوج فصدق الأب لم يثبت النكاح؛ لأنه أكذب نفسه فيها، ويغرم للأولى[٣] نصف صداقها بإقراره الأول، ويغرم للأخرى[٤] نصف صداقها، وإن رجع الأب فصدق الزوج لم يقر[٥] ذلك النكاح؛ لأن الأب الآن[٦] مجوِّز[٧] لنكاح لم يعقده إلا بإمضائه لمن ادعاه[٨].

(١) في (ح): (منهما).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٤٠.

(٣) في (ب) و(ح): (للأول).

(٤) في (ح): (للآخرة).

(٥) في (ب): (يجز).

(٦) قوله: (الآن) ساقط من (ح).

(٧) في (ح): (يجوز).

(٨) انظر المسألة مستوفاة في: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٤٠.




باب
في نكاح المريض والمريضة

نكاح المريض والمريضة[١] ثلاثة أقسام[٢]: جائز وممنوع ومختلف فيه. والمرض أربعة: **غير مخوف**، فيجوز النكاح فيه، وكذلك إن[٣] كان **مخوفاً مطاولاً** كالسل والجذام وتزوج في أوله، **ومخوف أشرف صاحبه على الموت** فلا يجوز، **ومخوف غير مطاول ولم يشرف على الموت**، فاختلف فيه على ثلاثة أقوال. فقيل: فاسد ولا ميراث بينهما فيه.

وهو المشهور من قول مالك وأصحابه[٤]. وذكر ابن المنذر[٥] عن مالك والقاسم وسالم وابن شهاب أنهم قالوا: يجوز إن لم يكن مضارّاً؛ أي: إن[٦] كان للحاجة للإصابة أو القيام به، وإن لم يكن لحاجة كان مضارّاً. وذكر عن مطرف أنه أجاز ذلك جملة من غير تفصيل.

واختلف عن مالك بعد القول بفساده إذا صحَّا[٧]، هل يثبت النكاح؟ والاختلاف يحسن إذا علما موجب الحكم من سقوط الميراث وكون الصداق في الثلث؛ لأن نكاح المريض فاسد مِنْ قِبَلِ العَقْدِ؛ لأنه لا ميراث فيه، ومِنْ قِبَلِ الصداق؛ لأنه في الثلث، ولا يدري هل يحمله الثلث أم لا؟ فيصح أن يقال: يفسخ، وإن صح لهذا الوجه.

---

(١) قوله: (والمريضة) ساقط من (ح).

(٢) في (ت): (نكاح المرض ثلاثة أقسام)، وفي (ش١): (نكاح المريض على ثلاثة أوجه).

(٣) في (ح): (إذا).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٠، والنوادر والزيادات: ٤/ ٥٥٩.

(٥) في (ب): (ابن المواز).

(٦) قوله: (إن) ساقط من (ح).

(٧) في: (ت) و(ب): (صحَّ).

وأن يقال: يثبت لزوال الوجه الذي كان يفسد لأجله. وقد اختلف في البيع الفاسد إذا زال السبب الذي يفسد لأجله هل يمضي. وإن كانا ممن يجهل ويريان أنه جائز لم يفسخ؛ لأنهما لم يدخلا على فساد، ولأن حكم ذلك المرض حكم الصحيح؛ لأنهم أخطأوا في ظنهم أنه مخوف.

واختُلف بعد القول أنه يصح، إذا صح المريض، فعثر عليهما[1] في المرض -على ثلاثة أقوال: فقال محمد: يفسخ وإن دخل. وقال ابن كنانة في المبسوط: إن علم به قبل أن يمس فسخ، وإن علم به[2] بعد أن مس ترك، فإن صحَّ[3] ثبتا عليه.

وقال الشيخ[4] أبو الحسن بن القصار: الفرقة استحباب[5] لقول مالك: إذا صحَّا ثبت النكاح. وهو أصوبهما[6]، فيؤمران الآن ولا يجبران؛ لأنا لا نقطع أنه مرض موت، ويمكن أن يصح فيتبين أن العقد كان صحيحاً، فيتربص حتى ينظر ما ينكشف عنه أمره[7]، ويوقف عنها[8].

واختُلف في نكاح المريض النصرانية[9] والأَمَة، فمنعه محمد وقال: الإسلام منها والعتق -يحدث[10]. وأجازه أبو مصعب[11]. وهو أحسن؛ لأن الإسلام والعتق نادر، وإنما المقال من جهة الصداق، فإن كان ربع دينار أو[12]

---

(١) في (ح): (عليها).

(٢) قوله: (به) زيادة من (ش١).

(٣) في (ب): (صحَّا).

(٤) قوله: (الشيخ) ساقط من (ش١) و(ح).

(٥) في (ح): (استحبابا).

(٦) في (ش١): (أصوب).

(٧) في (ب): (أمرهما)، وفي (ح): (أمرها).

(٨) قوله: (عنها) ساقط من (ش١).

(٩) في (ح): (للنصرانية).

(١٠) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٥٤، وقد عزاه لأصبغ.

(١١) انظر: المعونة: ١/ ٥٢٧.

(١٢) في (ح): (و).

تحمل به[١] غير الزوج صح.

وقال محمد في المريض يتزوج الحرة[٢] المسلمة بإذن ورثته: لا يجوز؛ لإمكان أن يموت الآذن، ويصير الميراث لغيره. وهذا أيضاً من النادر أن يموت الصحيح قبل المريض. وأرى أن يجوز ولا يراعى النادر.

فصل

[في نكاح من حضر الزحف أو ركب البحر]

ونكاح من حضر الزحف أو ركب البحر على الاختلاف في طلاقه وميراث زوجته منه -بمنزلة المريض، فإن مات من ذلك لم ترثه[٣] على أحد القولين، وإن سلم صحَّ النكاح. ونكاح من قرّب للقتل غير جائز؛ لأنه في تزويجه حينئذٍ مُضَارٌّ. ويختلف إذا نكح وهو في السجن، هل يمضي نكاحه أم لا؟ فإن كان القتل حقّاً لله كالمحارب يكون قد قتَلَ، والزاني المحصن يحبس ليرجم -لم أرَ أن ترثه. وإن كان حقّاً لآدمي مما يرجى العفو عنه -كان الأمر واسعاً[٤].

والجواب عن نكاح المريضة كالجواب عن نكاح المريض ينظر في مرضها[٥]: هل هو غير مخوف أو مخوف، مطاول أو غير مطاول، أو أشرفت على الموت؟

(ب) ١٩٦/ب

ويفترق الجواب في الصداق؛ فإن كانت هي / المريضة ودخل بها كان لها المسمى من رأس المال، كان ذلك المسمى أكثر من صداق المثل أو أقل،

---

(١) قوله: (به) ساقط من (ش١).

(٢) في (ب): (المرأة).

(٣) في (ح): (يرثه).

(٤) في (ح): (أوسع).

(٥) في (ش١): (أمرها)، وفي (ح): (مرضه).

واختلف إذا كان هو المريض على أربعة أقوال.

وقال....[١] عن ابن القاسم لها الأقل من المسمى وصداق المثل في الثلث، وقال مالك في المختصر: لها المسمى، وإن زاد على صداق المثل[٢].

---

(١) بياض في (ش١).

(٢) قوله: (وقال... عن ابن القاسم لها الأقل من المسمى وصداق المثل في الثلث، وقال مالك في المختصر: لها المسمى، وإن زاد على صداق المثل) زيادة من (ش١).



باب
فيمن تزوج امرأة فأُدخِل[1] عليه غيرُها

وقال مالك في أخوين تزوجا أختين، فأدخل على كل واحد زوجة الآخر؛ فلترد كل واحدة إلى زوجها، ولا يصيبها حتى يستبرئها بثلاث حيض ولها صداقها على من أصابها[2].

وقال ابن القاسم فيمن تزوج امرأةً فأهدي إليه غيرها، فإن قالت: ظننت أنكم[3] زوَّجتموني منه، كان لها صداقها، ويرجع به الزوج على من غرّه[4].

ويختلف في صداق الأختين على من أصابها[5]؛ لأنَّ كل واحدة أخطأت على نفسها، وسلمت لغير من اشترى منها[6].

وقد اختلف قول مالك في هذا الأصل؛ فقال مالك[7]: فيمن اشترى ثوباً[8]، فأخطأ البائع فأعطاه غيره فقطعه؛ فلا شيء عليه في القطع.

وقال في كتاب محمد: يضمن.

فعلى قوله: ألا شيء على القاطع- لا[9] يكون على الواطئ شيء، ويكون لكل واحدة على الأول صداقها كاملاً إن كانت ثيباً. وإن كانت بكراً فالقياس أن يحط عن الأول ما زاد لمكان البكارة؛ لأنها أخطأت فيما باعته من الأول بثمن، فأهلكته بتسليمها إياه لغيره.

---

(١) في (ح): (وأدخل).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٢.

(٣) في (ش١): (أنهم).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٢.

(٥) في (ش١): (الأختين ومن أصابها).

(٦) في (ح): (منهما).

(٧) قوله: (مالك) ساقط من (ح).

(٨) قوله: (ثوباً) ساقط من (ح).

(٩) في (ش١): (ولا).

وكذلك على القول أن لها على الثاني صداقها، فهو أبين أن يحط عن الأول ما زاد لمكان البكارة؛ لأنها باعت شيئاً فأخذت ثمنه من غير المشتري؛ بخلاف من تزوج بكراً فأصابها ثيباً؛ لأن الثيوبة تكون عنده من القفزة وغيرها. وإن كان القياس في هذه أيضاً أن يحط ما زاد عوضاً[1] لمكان البكارة؛ لأن للزوج غرضاً في وجود البكارة قائمة، ولأنه لا تطيب نفسه أن ذلك من قفزة أو غيرها، إلا أن الذي يحط لهذه التي لا يعلم أنه باشرها رجل أقل مما يحط للأولى التي علم أنها افتضها غيره.

وقال محمد فيمن أُدخِلَت عليه غير امرأته فأنكر المسيس وادعته: فالقول قولها[2]. يريد: إذا ادعى العلم بعد الخلوة البَيِّنَة وهي ثيب، فإن قال: علمت بالفور، فأمسكت، وأتى بدعواه العلم بشبهة قبل قوله. ولا أرى أن تصدق التي قالت: ظننت أنكم زوجتموني منه، بخلاف الأختين؛ لأن التزويج مقدمة من الاستئذان[3]، والشهادة على وجهها، إلا أن يأتي بشبهة...

وقال أبو الحسن[4] بن القصار فيمن وجد امرأةً على فراشه فأصابها وقال: ظننتها زوجتي؛ فلا حدَّ عليه.

---

(١) قوله: (عوضاً) ساقط من (ت) و(ش١) و(ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠٠.

(٣) قوله: (لأن التزويج مقدمة) يقابله في (ح): (لأن تزويج هذه من الاستئذان).

(٤) قوله: (أبو الحسن) ساقط من (ح).




باب
فيمن تزوج أَمَةً هل يضمها إليه وفي ملك أحد الزوجين الآخر؟

ومن تزوج أَمَة لم يضمها إليه إلا بشرط؛ لأن الأَمَة ذات منافع[١]، فباعه صنفاً واحداً وبقي الاستخدام والغلة إن كانت[٢] ذات صنعة، فلو ضمها سقط حق[٣] السيد فيها لم يبع، وعلى الزوج أن يأتيها عند أهلها، وليس على السيد أن يرسلها إليه.

ومن باع شيئاً في داره فعلى مشتريه أن يأتي لقبضه.

وقال ابن الماجشون: تُرسَل إليه ليلة بعد ثلاثٍ، فتكون[٤] عنده تلك الليلة، ويأتيها زوجها عند أهلها فيما بين ذلك، وللسيد أن يسافر بها، ويبيعها ممن يسافر بها، وكذلك إن شرط الزوج أن تأوي إليه في الليل.

وإن شرط أن تكون عنده كالحرة لم يكن للسيد أن يسافر بها. والقياس ألا يجوز البيع إذا اشترط[٥] الزوج أن تكون منقطعة عنده كالحرة؛ لأن المشتري اشترى ما لا منفعة له فيه، والمدبَّرة والمعتقة إلى أجل كالأَمَة ليس للزوج أن يضمها إليه إلا بشرط؛ لأن خدمتهم[٦] للسيد، وأم الولد كالحرة، يضمها إليه من غير شرط؛ لأنه لا خدمة للسيد فيها، ولا يمنعها[٧]، وإنما له الاستمتاع، وقد باعه من الزوج.

---

(١) في (ش١): (ذات ومنافع).
(٢) في (ب) و(ت) و(ش١): (كان).
(٣) في (ب): (من).
(٤) في (ح): (فيكون).
(٥) في (ح): (شرط).
(٦) في (ح): (خدمتها).
(٧) قوله: (ولا يمنعها) ساقط من (ح).

وللزوج أن يضم المكاتبة إليه؛ لأنها لا خدمة للسيد فيها، ولا يمنعها الزوج من السعي حسب ما كانت قبل تزويجها، فإن عجزت كانت عند مواليها. وللسيد أن يسافر بها إن سافر سفر انتقال قبل عجزها، ويتبعها الزوج، وله أن يضم المعتق نصفها[1] في يومها دون يوم سيدها، إلا أن يشترط على من له فيها الرق أن يضمها إليه.

وقال[2] ابن القاسم: وإن باعها سيدها في موضع لا يقدر الزوج على جماعها كان على الزوج الصداق للسيد البائع، إلا أن يطلق فيكون عليه النصف. قال[3]: ويقال للزوج: إن منعوك منها فخاصم فيها. وفي كتاب محمد فيمن زوَّج أمته ثم قتلها قبل البناء[4] فله على الزوج الصداق[5]. ويلزم على قوله لو كانت حرة، فقتلت نفسها، ألا يسقط عن الزوج. والقياس في جميع[6] هذا ألا شيء على الزوج؛ لأن البائع إن[7] منع المبيع، فلا يستحق الثمن، وبمنزلة لو كانت حية فمنعت نفسها وطلبت الصداق.

فصل

[في ملك أحد الزوجين من صاحبه شيئاً]

وقال مالك: إن ملك أحد الزوجين من صاحبه قليلاً أو كثيراً بشراء أو هبة أو صدقة، أو ميراث، أو وصية، انفسخ النكاح[8]. فيفسخ النكاح[9] إذا اشتراها الزوج؛ للإجماع على ألا يجوز للسيد أن يتزوج أمته، وأنه إن فعل لم

---

(١) في (ب): (بعضها).

(٢) في (ح): (قال).

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (قبل البناء) ساقط من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤١٦.

(٦) قوله: (جميع) ساقط من (ش١).

(٧) قوله: (إن) زيادة من (ش١).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٤.

(٩) قوله: (فيفسخ النكاح) ساقط من (ب) و(ش١).

ينعقد عليه[١] النكاح، وتكون إصابته إياها بملك اليمين لا بنكاح، وينفسخ إن اشترت هي زوجها؛ للإجماع على أن لا يحل للمرأة[٢] أن تتزوج عبدها، ولا تحل له بغير نكاح.

ويختلف إذا اشترت زوجها وهو مكاتب، أو اشتراها وهي مكاتبة، فقيل: ينفسخ النكاح؛ لأنه ملك للرقبة. وقيل: لا ينفسخ، وإنما وقع الشراء الآن على الكتابة، فإن عجزت فحينئذٍ ينفسخ النكاح لأنه ملك للرقبة[٣].

وإن أخدم أحدهما الآخر السنين الكثيرة انفسخ النكاح، ويختلف في القليلة، فقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب فيمن أخدم أَمَته شهراً أو سنة: لم تحرم عليه، ولا تباح أختها وإن طالت السنون، / أو كانت حياة المخدم؛ فذلك تحريم[٤] عليه، وتحل له أختها، فإذا كانت السنة لا تحرمها على سيدها المخدم لم ينفسخ النكاح[٥]. ويحد على هذا إن وطئها المخدم. وقال محمد: إذا[٦] أخدم السيد عبده لامرأة العبد، أو أخدم الأمة لزوجها، فإن كان مرجع العبد إلى الحرية انفسخ النكاح إن قبل المخدم منهما الخدمة، وإن كان مرجعه إلى سيده، أو إلى غير سيده[٧] بالملك لم ينفسخ النكاح[٨].

(ب) ١٩٧/أ

---

(١) قوله: (عليه) زيادة من (ش١).

(٢) قوله: (أن لا يحل للمرأة) يقابله في (ب): (أن لا يجوز للسيدة).

(٣) قوله: (لأنه ملك للرقبة) ساقط من (ب) و(ش١).

(٤) في (ح): (يحرم).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٤، «قال: ومن وطئ أختين بالملك، ثم أخدم إحداهما أشهراً أو سنةً، فلا يحرمها ذلك عليه ولا يبيح أختها؛ فإن أطال الأجل مثل السنين الكثيرة أو حياة المخدم».

(٦) في (ح): (إن).

(٧) قوله: (أو إلى غير سيده) ساقط من (ح).

(٨) قوله: (إن قبل المخدم... النكاح) ساقط من (ب). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٠.

قال محمد: وإن بيع أحدهما من صاحبه بالخيار لم ينفسخ النكاح، إلا أن يقبل من له الخيار[١]. وإن بيع على العهدة انفسخ النكاح ساعتئذٍ، فإن حدث بها في العهدة عيب ردها وقد انفسخ النكاح، وإن اشتراها زوجها بشرط الاستبراء فالنكاح منفسخ، ولا استبراء له؛ لأن الماء ماؤه.

والقياس في السؤالين ألا ينفسخ النكاح الآن؛ لأنه إنما اشترى على أن أمرها على الوقف، فإن سلمت في الثلاث إذا اشترى على العهدة أو خرجت من الاستبراء تم البيع، وانفسخ النكاح، وإن لم تخرج من العهدة ولا من الاستبراء لم يتم البيع، وإذا لم يتم البيع ينفسخ النكاح.

فصل

[في ملك أحد الزوجين الآخر]

وقال مالك في[٢] ملك أحد الزوجين الآخر: فسخ[٣]. وروى ابن وهب عن الليث أنه طلاق. وقال محمد بن سحنون في مسألة ربيعة: إذا أوصى بثلثه لعبده وأولاد العبد وزوجته، فرضيت، قال: فتطلق[٤] عليه الزوجة.

ويختلف في الصداق، فعلى القول أنه يفسخ[٥]: لا صداق لها، وسواء اشترته أو اشتراها. وعلى القول أنه طلاق: يكون لها النصف إن اشترت، ولسيدها البائع إن اشتراها.

وقال مالك في رجل زوج عبده أَمَته ثم وهبها له إن تبين أنه صنع ذلك لينتزعها منه، أو ليحلها لنفسه، أو لغير زوجها، أو ليحرمها عليه؛ لم يجز،

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩٠.

(٢) قوله: (في) ساقط من (ح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٤.

(٤) في (ح): (تطلق).

(٥) في (ش١): (فسخ).

ولم تحرم[١].

وظاهر قوله -أَنَّ الهبة تصح وإن لم يقبلها العبد، ولو كان من شرطها القبول عنده -لم تحرم إلا أن يقبل، وسواء أراد تحريمها عليه أم لا.

وقال ابن القاسم في عبد زوّجه سيده، وضمن عنه الصداق، ثم دفع السيد العبد إلى زوجته، فيما ضمن من صداقها برضاها قبل أن يبني بها: النكاح مفسوخ، ويرد العبد إلى سيده[٢].

ويدخل في هذه ما ذهب إليه مالك أنه إن فعل ذلك ليفسخ النكاح، ويعود إليه العبد، ويسقط عنه الصداق، ويزول عنه عيب النكاح؛ لم يجز وتبقى الزوجية على حالها. وقال عبد الملك في ثمانية أبي زيد: الزوجة بالخيار إن أحبت دفعت الصداق، وبقي لها العبد، وإن كرهت، رجع العبد إلى سيده.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٠/ ١٨٠.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٦. «قال: قلت: أرأيت العبد يتزوج المرأة بإذن سيده على صداق يضمنه سيده ثم يدفعه سيد العبد إلى المرأة فيما ضمن من الصداق برضاها قبل أن يدخل بها، قال: النكاح مفسوخ ويرد العبد إلى سيده».



باب



في الخنثى ومن[١] يتزوج الزانية

وقال ابن القاسم، في الخنثى: إن بال من ذكره؛ فهو غلام، وإن بال من فرجه؛ فهي[٢] جارية؛ لأن النسل من موضع المبال وفيه[٣] الوطء[٤].

قال ابن حبيب: فإن بال منهما فمن حيث سبق، فإن لم يسبق أحدهما -فمن حيث يخرج الأكثر. فإن لم يكن أحدهما أسبق ولا أكثر، وكانت لحية -كان على حكم الغلام، وإن لم تكن لحية وكان ثدي -فعلى حكم الجارية. وإن كانت لحية وثدي أو لم يكونا -كان في الميراث نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى. ولا يجوز له نكاح. يريد: ولا يَنْكِحُ ولا يُنكح، ويكون في صلاته وفي استتاره[٥] وفي شهادته على أحوط الأمرين؛ ويتأخر عن صفوف الرجال، ويتقدم على النساء؛ لأن ذلك أحوط.

وقوله: إن المراعى ما يكون منه الولد -صحيح، وقوله: مخرج البول -ليس بصحيح؛ لأن مخرج البول غير مخرج الحيض، ولا يصح أن يكون في مخرج البول منها وطء، ولا يخرج منه ولد. والوطء والولد في مخرج الحيض، وكذلك الرجل، مخرج البول منه غير مخرج المني، وهو في المرأة أبين. وإنما يراعى الماء الدافق والحيض، فإن كان الماء الدافق- كان رجلاً، وإن كان حيضاً

---

(١) في (ح): (فيمن).

(٢) في (ش١): (فهو).

(٣) في (ح): (ومنه).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٣.

(٥) في (ش١): (اشترائه).

-كانت امرأة، وإن كان جميعاً وكانت لحية -كان رجلاً، وإن كان ثديان من غير لحية -كانت امرأة.

فصل

[فيمن زنا بامرأة]

قال مالك فيمن زنا بامرأة: إن[١] له أن يتزوجها بعد أن يستبرئها[٢]. قال ابن القاسم: وكذلك من قذف امرأة[٣] فضرب لها حد الفرية، أو لم يضرب؛ لا بأس أن يتزوجها. وهو قول جميع الفقهاء[٤]. وقال الحسن: لا يجوز للزاني بها أن يعقد نكاحها أبداً، وإن عقد كانا زانيين[٥]. وقال قتادة وأحمد بن حنبل: إن تابت جاز العقد عليها لكل أحد، وإن لم تتب لم يجز[٦]. وحكي عن الحسن وأبي عبيدة، فيمن زنت أنه يفرق بينها وبين زوجها.

وروي نحوه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

وقال ابن حبيب: لا يجوز نكاح الزانية المجاهرة، ويستحب لمن تحته امرأة تزني أن يفارقها، فإن ابتلي بحبها فله أن يحبسها للحديث[٧].

قال مالك: ولا أحب للرجل أن يتزوج المرأة المعلنة بالسوء ولا

---

(١) قوله: (إن) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٣، والتلقين: ١/ ١٢١.

(٣) قوله: (امرأة) ساقط من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٣.

(٥) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٠٧٥.

(٦) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٠٧٥.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠٦.

أراه حراماً[١].

وفي هذا الحديث دليل على[٢] جواز النكاح للزانية؛ لأن النبي ﷺ لم يوجب فراقها. وكذلك حديث اللعان؛ لأن النبي ﷺ قال لهلال بن أمية[٣] حين رمى زوجته بشريك: «**أَرْبَعَةً، وَإِلَّا حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ**»[٤] ولم يقل: لا يحل لك البقاء معها؛ لأنه أقر على نفسه أنها زنت.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠٦.

(٢) قوله: (دليل على) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (بن أمية) زيادة من (ح).

(٤) أخرجه البخاري: ٢/ ٩٤٩، في باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، من كتاب الشهادات، في صحيحه، برقم (٢٥٢٦)، ومسلم: ٢/ ١١٣٤، في كتاب اللعان، برقم (١٤٩٦)، وسيأتي ذكره إن شاء الله في كتاب اللعان. اهـ، ص: ٢٤٢٥.

باب



الحكم[١] في قبض الصداق وتعجيله والطلاق على من أعسر به وغير ذلك[٢]



يستحق قبض الصداق بالعقد، إذا كان معيناً؛ ثوباً أو عبداً. وإن كان الزوجان صغيرين أو كان أحدهما مريضاً إذا كان العقد في الصحة فإن كان مضموناً لم يستحق[٣] قبضه إلا أن يكون الزوج بالغاً، وهي في سن من يبنى بها[٤]، فإن كان صغيراً وهي كبيرة، أو هو كبير[٥] وهي صغيرة؛ لم يكن لها قبضه الآن، وإنما تستحق قبض الثمن عند[٦] قبض المثمون، إلا أن يعجله قبل وقت الابتناء بقدر ما يتشور به[٧]، وليس كذلك النفقة، فإنها لا تلزم ولا تستحق إلا بالدخول.

(ب) ١٩٧/ب

وقال مالك: إذا دعي[٨] إلى الدخول فلم يفعل؛ لزمته النفقة[٩]./ يريد: إذا مضى بعد العقد القدر الذي العادة أن يتربص بالدخول إليه وما يستأني[١٠]

(١) قوله: (الحكم) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (وغير ذلك) ساقط من (ب) و(ش١) و(ح).

(٣) في (ش١): (تستحق).

(٤) في (ش١): (به).

(٥) في (ب) و(ت): (كبيراً).

(٦) في (ب): (عن).

(٧) في (ش١): (فيه).

(٨) في (ش١): (ادّعى).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٧.

(١٠) في (ب) و(ح): (تتشور)، وفي (ش١): (يتشور).

فيه. وقد اختلف في موضعين:

إذا بلغ الزوج الوطء، ولم يحتلم فقال مالك: لا تلزمه النفقة والدخول حتى يحتلم[(١)]. وقال في مختصر ما ليس في المختصر: إذا بلغ الوطء لزمه الدخول، وإن لم يحتلم.

قال الشيخ[(٢)]: والأول أحسن؛ للعادة[(٣)] أن الزوج لا يدخل إلا بعد الاحتلام.

والثاني إذا كانت مريضة، ودعي إلى الدخول، فقال مالك: إن كان مرضاً[(٤)] يقدر الزوج فيه[(٥)] على الجماع؛ لزمته النفقة. وقال ابن القاسم: تلزمه ما لم يكن في السياق[(٦)]. وقال سحنون في السليمانية: لا تلزمه نفقة إذا كانت مريضة[(٧)] لا منفعة له فيها، وهي كالصغيرة. وهذا أحسن، وهو المفهوم من قول مالك.

واختُلف إذا توّجه للدخول[(٨)] فامتنع[(٩)]، هل تلزمه النفقة بنفس الامتناع، أو بعد وقف السلطان؟ فقال مالك: إذا دعي إلى الدخول فلم يدخل؛ لزمته

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٧.
(٢) قوله: (قال الشيخ) زيادة من (ح).
(٣) في (ح): (الغالب).
(٤) في (ب): (مريضاً).
(٥) قوله: (فيه) ساقط من (ح).
(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٧.
(٧) في (ش١): (كان مرضاً)، وفي (ح): (كان مرضها مرضاً).
(٨) في (ش١) و(ح): (الدخول).
(٩) قوله: (فامتنع) ساقط من (ح) يعماد انتبه لنفسك، لعلها (فامتنعت).

النفقة[1].

وقال أشهب في كتاب محمد: لا نفقة لها إلا أن يكون وليها خاصم زوجها في الابتناء، وفرض السلطان النفقة، إذا لم يفعل[2]. والأول أحسن إن[3] علم ألا عذر له، وأن ذلك منه لدد إن أشكل أمره فحتى يوقفه السلطان.

وقال[4] مالك في المستخرجة في امرأة سافر زوجها قبل البناء فيقيم الأشهر ثم تطلب النفقة، فذلك لها[5]. وهذا يحسن إذا سافر بغير علمها، ومضى أمد الدخول، أو لم يعلمها، ولم يعد في الوقت المعتاد، فإن علمت بسفره لذلك المكان وقامت قبل وقت رجوعه، لم يكن لها النفقة.

فصل

[في قبض الصداق وتعجيله والطلاق على من أعسر به]

وإذا أعسر الزوج بالصداق قبل البناء -كان للزوجة أن تطلق عليه بعد التلوم، واختلف في ثلاثة[6] مواضع: **أحدها**: في قدر التلوم[7]، **والثاني**: هل يؤخر بشرط وجود النفقة؟ **والثالث**: هل يطلق على من لا يرجى له من غير

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٧.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٨، ورواه عن ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب.

(٣) في (ش١): (إذا).

(٤) في (ش١): (فقال).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٣٠.

(٦) في (ح): (ثلاث).

(٧) التَّلَوُّمُ التَّنَظُّر للأمر تُريده. انظر: لسان العرب: ١٢/ ٥٥٧.

أجل؟ فقال مالك في المدونة: يتلوم له مرة بعد مرة على قدر ما يرى إذا أجرى النفقة، وليس الناس في ذلك سواء، منهم من يرجى له[١] ومنهم من لا يرجى له[٢]، ولم يؤقت[٣].

وقال في كتاب محمد: يؤخر السنتين[٤] ولا يعجل بعد السنتين[٥] حتى يتلوم له تلوم آخر السنة وشبهها[٦].

وقال ابن حبيب: إن[٧] اتهم أن يكون أخفى ماله -لم يوسع له في الأجل، وإن تبين عجزه عن الصداق وعن النفقة -لم يوسع أيضاً في الأجل، ويؤخر الأشهر، والسنة أكثره[٨].

وقال سحنون في كتاب ابنه فيمن يبيع الفاكهة، وأقام بينة بعدم الصداق، وقامت الزوجة بالفراق، وقال الزوج: أجلوني؛ فلا يؤجل مثل هذا؛ لأنه لا يرجى له شيء[٩].

وقال مالك في مختصر ما ليس في المختصر: إن أعسر بالصداق قبل البناء،

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (له) ساقط من (ش١).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٦.

(٤) في (ح): (السنين).

(٥) في (ح): (السنين).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٣.

(٧) في (ش١): (إذا).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٣.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٤.

فإن عرف بالخلابة[١] فرق بينهما، وإن كان من أهل الهيئة والحال انتظر به.

يريد في الأول: أنه يفرق من غير أجل، وأرى إن غر فتزوج بعبد أو دار، ولا شبهة له فيها، ولا يد له[٢] عليه[٣] وبنى بها؛ أن لها أن تمنع نفسها حتى تأخذ قيمة ذلك، وإن كان عديماً فرق بينهما، ولا يؤخذ الحق بالباطل. وقول سحنون فيمن لا يرجى له شيء حسن، إلا أن يذكر وجهاً يرجى[٤] منه، فينظر إن أتى لذلك بشبهة.

وأما من يرجى له، فإن كان قيامها بقرب العقد؛ أُخِّرَ السنة والسنتين، وإن أقامت[٥] بعد أن طالت المدة، وبعد مضي السنتين، والثلاث -كان زيادة السنة وما قارب ذلك حسناً.

وأما النفقة فالأصل أنها لا تستحق إلا بعد الدخول. وإذا لم يمكن من البناء؛ لم تكن نفقة، هذا هو[٦] الأصل، وإنما طولب بالنفقة مع عدم البناء استحساناً؛ لتغليب أحد الضررين. وقول ابن حبيب في ذلك حسن.

---

(١) الخلابة هي: الخديعة باللسان، تقول منه: خلبهُ، يخلبه بالضم، واختلبه مثله. وفي المثل: "إذا لم تغلب فاخلب" أي فاخدع.

(٢) قوله: (له) ساقط من (ت) و(ش١).

(٣) قوله: (ولا يد له عليه) يقابله في (ح): (ولا يدعيها).

(٤) في (ش١): (يرجو).

(٥) في (ش١) و(ح): (قامت).

(٦) قوله: (هو) ساقط من (ش١).

باب



في نفقة الزوجات وصفة ما يلزم منها وإذا كان أحد[(١)] الزوجين عبداً[(٢)]



الأصل في نفقة الزوجة، قول الله عز وجل: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والنفقة والكسوة، هاهنا لمكان الزوجية، ولو كانت مطلقة، لكانت أجرة، كما قال الله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. وقال النبي ﷺ في الزوجات: «وَلَهُنَّ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ» أخرجه مسلم[(٣)].

وقالت هِنْدُ: «يَا رَسُولَ الله، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ مِسِّيكٌ، فَهَلْ[(٤)] عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ آخُذَ مِنْ مَالِهِ مَا يَكْفِينِي؟ فَقَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ، وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ» اجتمع عليه البخاري ومسلم[(٥)]. وللزوجة النفقة والكسوة، إذا كانا حرين.

واختلف إذا كانا عبدين أو أحدهما. فقال في المدونة في العبد له زوجة حرة: عليه النفقة[(٦)]. وقال أبو مصعب: لا نفقة عليه. وقال مالك في كتاب

---

(١) في (ح): (إحدى).

(٢) قوله: (عبداً) بياض في (ش١).

(٣) بعض حديث أخرجه مسلم:٢/ ٨٨٦، في باب حجة النبي ﷺ، من كتاب الحج، برقم (١٢١٨)، وقد سبق بعضه في الطهارة، والصلاة الأول، والصلاة الثاني، والحج الثاني، وسيأتي في الصرف.

(٤) في (ب) و(ت): (هل).

(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٧٦٩، في باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسنتهم على نياتهم، ومذاهبهم المشهورة، من كتاب البيوع برقم (٢٠٩٧)، ومسلم: ٣/ ١٣٣٨، باب قضية هند، من كتاب الأقضية، برقم(١٧١٤).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٩.

محمد: أحب إليَّ إذا نكح، أن تشترط عليه النفقة بإذن سيده[١].

ورأى أن في ذلك إشكالاً؛ فتشترط[٢] ليرتفع الإشكال.

واختلف في اشتراط النفقة على السيد، فمنعه[٣] في كتاب محمد[٤]، وأجازه[٥] أبو مصعب.

وأرى للزوجة النفقة على العبد، إذا كان تاجراً، ومتصرفاً لنفسه بماله، فإن كان عبد خدمة لا مال له؛ لم تطلق عليه بعدم النفقة.

وقد قال مالك في الحر يتزوج الحرة، وهي تعلم أنه فقير: فلا تطلق[٦] عليه لعدم النفقة[٧]. فالعبد أحرى، إلا أن تكون الزوجة تجهل وترى أنه كالحر الموسر؛ فيكون لها في ذلك مقال.

والمدبر والمعتق إلى أجل كالعبد، والمكاتب كالحر؛ لأنه بائن عن سيده بماله وسعيه لنفسه، وإن عجز طلق عليه.

والمعتق بعضه في اليوم الذي يخصه كالحر، وفي اليوم الذي يخص سيده بمنزلة عبد لا حرية فيه، ونفقة زوجة العبد المخارج[٨] من ماله، ولا يؤخذ من فضل خراجه؛ لأن خراجه مال لسيده، إلا أن يأذن له السيد، أو تكون تلك

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٨.

(٢) في (ب)و(ت)و(ح): (فيشترط).

(٣) في (ح): (فأجاره).

(٤) انظر: العتبية: ٤/ ٣٠٠، وفيها: «وسئل مالك عن العبد يزوج ويشترط على سيده النفقة، قال مالك: لا يجوز».

(٥) في (ح): (ومنعه).

(٦) في (ب)، و(ت): (لا يطلق).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠١.

(٨) في (ب): (الخارج).

عادته[١].

(ب ١٩٨/أ)

وقال محمد: إن عجز عن النفقة/ وعليه خراج لسيده، فلا شيء عليه[٢] لها، حتى يبدأ بخراج سيده[٣]. فجعل لها الإنفاق من فضل[٤] الخراج، وقد يكون ذلك عندهم عادة.

فصل

[فيما إذا كان أحد الزوجين عبداً]

وإن تزوج حر أمة، فلها النفقة إذا شرط الزوج أن تكون عنده، أو شرطت النفقة عليه. واختلف إذا لم تكن عنده، ولا شرطت -على خمسة أقوال:

فقال مالك[٥] في المدونة: لها النفقة؛ لأنها من الأزواج[٦]. يريد: أنها داخلة في عموم الآية. وقال في كتاب محمد: لا نفقة لها وإن كانت تأتيه إذا أرادها[٧]. وقال أيضاً: لا نفقة لها إن كان يأتيها وإن كانت تأتيه فذلك لها[٨]. وقال ابن الماجشون: لها النفقة في الوقت الذي تكون عنده[٩].

وقال في كتاب ابن حبيب: نفقتها وكسوتها على أهلها، وعليهم أن

---

(١) في (ش١): (عادة).

(٢) قوله: (عليه) ساقط من (ش١).

(٣) انظر النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٨، وأصله المدونة: ٢/ ١٧٩.

(٤) في (ب): (فاضل).

(٥) قوله: (مالك) زيادة من (ح).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٧٨.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٩.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٩، وهي من رواية ابن وهب عن مالك.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٩.

يرسلوها في كل أربع ليال ليلة[1] ، وعليه نفقة تلك الليلة ويومها، وإن ردها في صبيحتها[2].

فجعل لها النفقة في ذلك اليوم بغير كسوة، والأول أحسن؛ لعموم الآية.

ويختلف إذا كانا عبدين فعلى القول الأول[3] ألا نفقة على العبد للحرة؛ لا يكون لها إن كانت أمة. وعلى القول أن ذلك عليه للحرة. يختلف إذا كانت أمة، والمدبرة والمعتقة إلى أجل كالأمة -يختلف فيها. والمكاتبة وأم الولد كالحرة.

فصل

[في النفقة الزوجية]

والنفقة في الجودة والدناءة، والقلة والكثرة -على قدر شأن الزوجين ويسارهما، وفي المدة، وفي المدونة[4]: هل تكون شهراً أو سنة على قدر يسر الزوج خاصة[5]. وأجاز ابن القاسم أن يفرض[6] لها[7] سنة. وقال سحنون: لا يفرض سنة لأن الأسواق تحول.

وأرى أن يوسع في المدة إذا كان الزوج موسراً ولم يؤد إلى ضرر[8]؛ لأن الشأن أن الفرض بين الزوجين عند المقابحة وقلة الإنصاف ولدد الزوج، وفي

(١) قوله: (ليلة) ساقط من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٩.

(٣) قوله: (الأول) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (وفي المدونة) ساقط من (ب) و(ت) و(ح).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٠.

(٦) في (ح): (تفرض).

(٧) قوله: (لها) ساقط من (ت) و(ش١) و(ح).

(٨) في (ت): (ضرورة).

تقليل المدة عليها ضرر في تكرار الطلب عند لدده، وقصده لإتعابها.

فإن كان الزوج موسراً، فالأَشْهُرُ الثلاث، والأربع[١] في ذلك حسن.

وإذا كان متوسطاً، فالشهر والشهران، وإن كان ذا صنعة فالشهر، فإن لم يقدر فعلى قدر ما يرى أنه يستطيع أن يقدمه.

وأما الكسوة فَتُفْرَضُ مرتين: في الشتاء، والصيف؛ لأنها مما لا يتبعض، وتكون بالأشهر والأيام، وكذلك الغطاء والوطاء.

فصل

[فيما تستحقه الزوجة]

والذي تستحقه الزوجة؛ النفقة والكسوة والغطاء والوطاء[٢]، وما يميط الأذى، ويزيل الشعث، ومن يخدمها إذا كان واجداً لذلك. فأما النفقة فمن الصنف الذي يجري[٣] بين هذين الزوجين بذلك البلد: قمحاً أو شعيراً أو ذرة أو تمراً.

واختلف في القدر، فقال مالك في كتاب محمد: مد وثلث بمد النبي ﷺ[٤]. وقال ابن القاسم: وَيْبَتَان ونصف في الشهر إلى ثلاث[٥]. يريد: لمن كان بمصر. وأرى أن يفرض في كل بلد الوسط من الشبع، إلا أن يعجز عن ذلك، فليس الموسر

---

(١) قوله: (الثلاث، والأربع) يقابله في (ح): (الثلاثة والأربعة).

(٢) قوله: (والوطاء) ساقط من (ش١).

(٣) في (ش١): (تجري).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٦.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٧. والويبة: مكيال معروف. انظر: لسان العرب: ١/ ٥٠٥، مادة ويب.

كالمعسر، وليس[1] الشدة كالرخاء، ويفرض لها[2] الماء للشرب[3] والغُسل[4]، والزيت للأكل، والوقيد، والحطب، والبقل، واللحم في بعض الأيام.

قال محمد: ويجمع ذلك كله ثمناً فتعطاه[5] مع القمح[6]. قال: ولا يفرض من العسل والسمن والحالوم[7][8]، ولكن الخل والزيت[9]. قال ابن حبيب: ولا فاكهة[10]. وهذا يحسن في المتوسط، وليس في ذوي اليسار.

ولها أجرة الطحن، والعجن، والخبز إذا كان ممن لا يلزم بخادم.

وأما اللباس: فقميص ووقاية وقناع، وهي في الجودة والدناءة على قدرهما ويسار الزوج، ويزاد لبعض النساء ما يكون في الوسط، ويزدن في الشتاء ما يدفع البرد.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: لا يفرض خز، ولا وشي، ولا حرير، وإن كان متسعاً[11]. وقال أبو الحسن[12] ابن القصار: إنما قال مالك: لا يفرض الخز، والوشي والعسل لأن أهل[13] مدينة الرسول ﷺ فيهم قناعة، فأما سائر الأمصار فعلى حسب أحوالهم كالنفقة.

---

(١) في (ش١): (ولا).
(٢) قوله: (لها) زيادة من (ش١).
(٣) في (ح): (للشربية).
(٤) في (ب) و(ت): (والعسل).
(٥) في (ب) و(ت): (فيعطاه).
(٦) في (ب)و(ت)و(ح): (الفسخ).
(٧) قوله: (ولا يفرض العسل والسمن والحالوم) يقابله في (ب) و(ت) و(ش١): (ولا يفرض من العسل، ولا السمن، ولا الحالوم).
(٨) قال الجوهري الحالوم: لبن يغلظ فيصير شبيهاً بالجبن الرطب وليس به. انظر: الصحاح: ٥/ ١٩٠٤، وقال ابن منظور: والحالُوم بلغة أَهل مصر جُبْنٌ لهم. انظر: لسان العرب: ١٢/ ١٤٥.
(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٨.
(١٠) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٤٣، والنوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٠.
(١١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٩.
(١٢) قوله: (أبو الحسن) ساقط من (ش١) و(ح).
(١٣) قوله: (أهل) زيادة من (ح).

ويختلف في ثياب مخرجها[١]، كالثياب[٢] التي العادة أن تخرج بها كالملحفة[٣]، فالظاهر من المذهب أن لا شيء لها.

وقال في المبسوط: يفرض على الغني ثياب مخرجها.

وأما الغطاء، والوطاء، ففراش، ووسادة، ولحاف، ويزاد في الشتاء ما يدفع البرد.

وقال ابن القاسم: والسرير في الوقت الذي يحتاج إليه لخوف العقارب وشبهها[٤]. قال ابن حبيب: أو براغيث أو فأر، وإلا فلا[٥].

قال محمد: وما يزيل الشعث كالمشط والمكحلة والنضوح، ودهنها وحناء رأسها[٦]. وقال ابن وهب في العتبية، في الطيب والزعفران، وخضاب اليدين والرجلين: ليس ذلك عليه[٧]. وقاله محمد في الصبغ[٨]، وقال مالك في المبسوط[٩]: يفرض لها[١٠] على الغني طيبها[١١]، ولا يفرض الصباغ، إلا أن يكون من أهل الشرف والسعة، وامرأته كذلك.

وأما الخدمة فخادم، واختلف في أكثر إذا كان موسعاً عليه.

فقال ابن القاسم في كتاب محمد: إن كان لها رقيق، لم ينفق إلا على واحدة، وإن قال: تخدمها خادمي، لم يكن له ذلك، ولعل خادمها أوفق لها[١٢] من خادم زوجها.

---

(١) في (ب): (خروجها).

(٢) في (ب)و(ت): (كثياب).

(٣) في (ب) و(ت): (والملحفة).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٢٥.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٨، وعزاها لابن حبيب.

(٦) في (ب): (ودهنها في رأسها). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٩.

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٤٣.

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٩.

(٩) قوله: (في «المبسوط») ساقط من (ب).

(١٠) قوله: (لها) زيادة من (ش١).

(١١) قوله: (ولحاف، ويزاد في الشتاء ما يدفع البرد... على الغني طيبها) ساقط من (ح).

(١٢) في (ش١): (أرفق بها).

وقال مالك في المبسوط: إن كان ممن لا يصلحه[1] ولا امرأته إلا أكثر من واحدة؛ فعليه أن ينفق على أكثر إذا لم تكفها واحدة.

وقال ابن الماجشون وأصبغ: إن لم تكن الزوجة من ذات الشرف، وليس في صداقها ما تشتري به خادماً، فعليها الخدمة الباطنة؛ العجن والطبخ، والكنس، والفرش، واستقاء الماء[2].

وكذلك إن كان الزوج مليّاً، إلا أنه مثلها في الحال أو أشرف[3]، ولم يكن من أشرف الرجال الذين لا يمتهنون نساءهم في الخدمة، وإن كان معسراً، لم يكن عليه إخدامها، وإن كانت ذات شرف، وعليها الخدمة الباطنة كما هي على الدنية[4].

(ب) ١٩٨/ب

فأما ما اختلف فيه من الخز، والحرير، والوشي، والطيب، والصباغ،/ وما زاد على خادم فراجع إلى ما قاله أبو الحسن[5] ابن القصار، وأنه لم يكن ذلك فيما قبل.

فرأى مالك الفرض مرة[6] على ما تقدم، وأن الزائد محدث ومكارمة، وأبقاها مكارمة على الأصل، وألزم ذلك مرة؛ لأنها صارت عادة.

وقد اختلف قوله في هدية العرس وهي من هذا الأصل، إلا أن يكون الزوج كثير العيال، أو كثير الغاشية والقصد، ولا يقوم[7] به خادم، فعليه أن يأتي بمن يقوم بذلك وإن كثرن.

---

(١) في (ب) و(ت): (تصلحه).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٠، ٦١١.

(٣) في (ش١): (أسف).

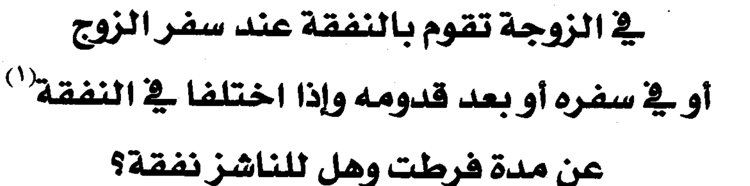
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٠.

(٥) قوله: (أبو الحسن) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (مرة) ساقط من (ب) و(ش١).

(٧) في (ش١): (تقوم).

باب




في الزوجة تقوم بالنفقة عند سفر الزوج أو في سفره أو بعد قدومه وإذا اختلفا في النفقة[١] عن مدة فرطت وهل للناشز نفقة؟

وإذا قامت الزوجة بالنفقة عند سفر زوجها أو طلبت بذلك حميلاً، فإنها لا تخلو من خمسة أوجه: إما أن تكون في العصمة أو مطلقة طلاقاً بائناً أو رجعيّاً، وهل[٢] هي حائل أم[٣] حامل؟

فإن كانت في العصمة - أقام بنفقة[٤] قدر سفره ذلك حميلاً[٥] بها.

وإن كانت مطلقة طلاقاً بائناً أو رجعيّاً وهي حامل؛ كان مطالباً بالأقل من مدة سفره ذلك والباقي من أمد[٦] الحمل.

وإن كانت غير حامل والطلاق بائن، فلا نفقة لها.

واختلف إن طلبت حميلاً خوف الحمل، فلم ير ذلك لها[٧] مالك[٨]. وقال أصبغ في كتاب محمد: ذلك لها[٩]. والأول أحسن إن كان قيامها بعد حيضة؛

(١) قوله: (في النفقة) زيادة من (ش١).

(٢) قوله: (هل) ساقط من (ح).

(٣) في (ح): (أو).

(٤) في (ح): (نفقة).

(٥) في (ت) و(ش١): (أو حميلاً).

(٦) في (ب): (آخر).

(٧) في (ب): (فلم يزد لها ذلك).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٠.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٩.

لأن الظاهر البراءة وإن كان حَمْلٌ فنادر. وإن لم تكن حاضت أقام حميلاً بالأقل من مدة الحمل أو الوضع إن ظهر حمل؛ لأن الوجه الذي من أجله منعت الأزواج هو الوجه[1] الذي تطلب به الحميل؛ لأن وطأه أوجب شكّاً، هل هناك حمل.

وإن كان الطلاق رجعيّاً كان عليه على قول مالك أن يقيم رزق الأقل من مدة سفره أو انقضاء العدة التي هي ثلاث حيض.

وعلى قول أصبغ: يراعى مدة الحمل كالمطلقة طلاقاً بائناً، فيقيم حميلاً بالزائد على مدة الحيض. وإن اتهم بالمقام أكثر من السفر المعتاد - أحلف أنه لا يقيم أكثر من ذلك، أو يقيم حميلاً.

فصل

[في الزوجة تقوم بالنفقة بعد قدومه]

فإن قامت بالنفقة بعد غيبته؛ أحلفت أنه لم يخلفها ولا بعثها، وقضى لها بها. قال ابن القاسم: وتباع في ذلك عروضه، ويقضى لها بها من ودائعه وديونه[2].

وهذا يحسن إذا كان قيامها بعد انقضاء مدة سفره[3] ورجوعه، أو قامت بقرب سفره، وكان يعرف منه قلة القيام بها، أو البغض والإساءة إليها[4]، أو خرج مختفياً لأمر طُلِبَ به. وإن خرج على الوجه المعتاد ولا يعرف بِلَدَدٍ ولا

(١) قوله: (هو الوجه) يقابله في (ب): (والوجه).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٣.

(٣) في (ب) و(ت) و(ش١): (سيره).

(٤) قوله: (إليها) زيادة من (ح).

إساءة، وقامت بقرب سفره؛ كان الوقوف عن[١] القضاء لها أحسن لأنها أتت بما لا يشبه. ولمالك في مختصر ابن الجلاب ما يؤيد ذلك يأتي ذكره فيما بعد.

واختلف إذا لم يكن له مال حاضر[٢].

فقال ابن القاسم: لا يفرض لها حتى يقدم الزوج، وإن كان في مغيبه موسراً -فرض لها نفقة مثلها. وإن كان معدماً فلا شيء لها[٣].

وقال في كتاب محمد: تتداين عليه ويقضى لها. ولا يُقْضَى للأبوين[٤].

وقال ابن القاسم فيمن أتى من الأندلس حاجّاً، فهلك أبوه عن مال: فلا ينفق على زوجته منه، لإمكان أن يكون الابن قد مات[٥].

وأرى إن مات الأب بفور سفره، وقبل أن يبعد أن يستنفق منه.

واختلف إذا قامت بعد قدومه فقال: كنت خلفت عندك النفقة، أو بعثتها إليك؛ على ثلاثة أقوال: فقال في المدونة: إن قال: بعثت بالنفقة، كان القول قوله، إن لم تكن استعدت في مغيبه[٦]. وقال مالك في مختصر ابن جلاب مثل ذلك[٧]، وقال أيضاً: القول قوله إذا[٨] خلف أو بعث وإن استعْدَتْ[٩].

---

(١) في (ب): (على).

(٢) في (ت) و(ش١): (ظاهر).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٥٩.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٥٩. النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٦.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٨/ ٢٠١.

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٨١.

(٧) انظر: التفريع: ١/ ٤٠٦.

(٨) قوله: (إذا) يقابله في (ب): (أحلف أنه).

(٩) انظر: التفريع لابن الجلاب: ١/ ٤٠٦.

وقال في موطأ ابن وهب: وإن قال: كنت خلفت، أو بعثت؛ كان القول قولها إن استعدت[١] إلى السلطان، أو كانت تذكره، أو تشكو إلى جيرانها، أو تسلفت لذلك. وإن لم يسمع ذلك منها ولا ذكرته فلا شيء لها.

وهذا أصوب؛ لأن ذلك لا يُعْلَمُ إلا من قولها، فلا فرق بين قولها ذلك للسلطان ولا[٢] للجيران، ولأن كثيراً من النساء لا ترضى[٣] الرفع إلى السلطان، وتراه مَعَرَّةً وفساداً مع زوجها إن قدم. فإن لم يسمع ذلك[٤] منها، كان القول قوله، أنه خلف ذلك عندها إلا أن يقيم أكثر من المعتاد في ذلك السفر، فيكون القول قولها في الزائد، ولا أرى أن يقبل قوله، إن قال بعثت؛ لأنه معترف أنه لم يخلف نفقة، فعليه البيان مع من أرسل، ولا يكاد يخفى ذلك.

ولابن القاسم في العتبية إذا اختلفا عند قدومه في الإنفاق على الولد الصغار مثل ذلك إن استعدت[٥] قُبِلَ قولها، وإن لم تستعد[٦] كان القول قوله، وإن قال: كنت أبعث[٧] بالنفقة فيجري على الخلاف المتقدم[٨].

واختلف إذا اعترف أنه لم ينفق، وقال: كنت معسراً في مغيبي.

فقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: إن خرج معدماً؛ فالقول قوله: إنه بقي كذلك، وإن خرج مليّاً كانت البينة عليه أنه معدم، وإن أشكل أمره يوم خرج فعليه البينة أنه معدم في مغيبه[٩].

---

(١) في (ت): (استأذنت).
(٢) في (ح): (أو).
(٣) في (ح): (لا يرضى).
(٤) قوله: (ذلك) ساقط من (ح).
(٥) في (ت) و(ح): (استأذنت).
(٦) في (ح): (تستأذن).
(٧) في (ح): (أبعثت).
(٨) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٤١، ٥/ ٣٤٢، والنوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٥.
(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٦.

يريد: أن الأصل الملاء بنفقة الزوجة حتى يثبت فقره.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: إن قدم معسراً وقال: ما زلت منذ غبت معسراً، وكذبته المرأة[(١)]، كان القول قوله مع يمينه، وإن قدم موسراً لم يقبل قوله إلا ببينة[(٢)]. يريد: أنه كان معسراً وأيسر الآن[(٣)].

وإن كان مقيماً فقالت: لم ينفق عليَّ، كان القول قول الزوج مع يمينه إن كان موسراً، ولا يمين عليه إن كان معسراً؛ لأنه لا نفقة لها في حال عسره، وإن أنفقت عليه وعليها وهو موسر؛ رجعت بالنفقتين جميعاً. وإن كان معسراً؛ رجعت بما أنفقت عليه خاصة[(٤)]، وهذا قول ابن القاسم.

قال الشيخ[(٥)]: وأرى ألا ترجع؛ لأن ذلك/ من الزوجات على وجه المكارمة، وقياساً على قوله إذا أسكنته دارها. (ب) ١٩٩/أ

وإن اختلفا فيما يحكم لها به من النفقة بعد موت القاضي أو عزله، ولم يثبت ما حكم به؛ كان القول قول الزوج مع يمينه إن أتى بما يشبه، وإلا فالقول قولها إن أتت بما يشبه، فإن أتيا بما لا يشبه، استؤنف الحكم. وإن تغير حال الزوج في اليسر أو تغيّر السعر برخص أو غلاء؛ سقط الحكم الأول، واستؤنف النظر.

وإن كساها ثوباً، فقالت: هدية. وقال: بل مما فُرِضَ عليَّ، فالقول قوله، إلا أن يكون مما لا يفرض لمثلها لشرفه[(٦)].

وكذلك إن كان أدنى وكان لا يشبه أن يلبسه مثلها بانفراده دون الذي فرض لها، فالقول قولها مع يمينها، ويحلف الزوج، ويسترجع الأدنى.

---

(١) قوله: (المرأة) ساقط من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٥.

(٣) في (ح): (اليوم).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٨١.

(٥) قوله: (قال الشيخ) ساقط من (ب).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٣.

فصل

[فيما إذا ادعت الزوجة ضياع النفقة والكسوة]

وإن ادعت ضياع النفقة والكسوة؛ لم يقبل قولها مع عدم البينة ويختلف إذا كان لها بذلك بينة، قال محمد: هي ضامنة[١]. وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة[٢]، ويجري فيها قول آخر أن المصيبة من الزوج قياساً على قولهم في الصداق إذا كان عيناً؛ لأن محملها أنها تكتسي غير ذلك حتى يعرف أنها أمسكته لتلبس غيره، وتبيعه، ولأنه لو كساها بغير حكم -لم يضمن، وإنما فعل الحاكم ما كان من حقها أن تفعله بغير حكم.

واختلف إذا بليت الكسوة قبل الوقت الذي فرض، هل يكون حكماً مضى، أم لا؟ كالخارص يتبين أنه أخطأ. والذي أخذ دية العين، ثم برئت قد اختلف فيه، وأرى أن يرجع إلى مائتين؛ لأن هذا حقيقة. والأول ظن، ولأن من حق الزوج، إذا انقضى ذلك الأمد الذي فرض انقضاؤها له[٣] وهي قائمة، ألا شيء لها[٤] عليه حتى تبلى، فكذلك إذا بليت قَبْلُ.

فصل

[في طلاق المرأة لانعدام النفقة]

واختلف هل تطلق لعدم النفقة بغير تَلَوّم، أو بعد التَّلَوّم، وفي قدر التلوم. فقال في المبسوط: يؤخر اليوم ونحوه مما لا يضر بها الجوع[٥].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥١.

(٢) انظر: المدونة ٢ / ١٨٣، ونصها: «قال: هذا يدلك على أنها إن أتلفته أو ضاع منها فلا شيء عليه».

(٣) في (ب): (القضاء له بها).

(٤) قوله: (لها) ساقط من (ت) و(ح).

(٥) انظر: المعونة: ١/ ٥٢٤.

وقال في كتاب محمد: ما علمت أنه يضرب له أجل إلا[١] الأيام، ثم قال: ولا أعلم له أجلاً[٢]. وقال محمد: الذي عليه أصحاب مالك في التلوم الشهر ونحوه. وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: الشهر والشهران[٣]. وقال أصبغ: إن لم يطمع له بمال، فالشهر إذا لم تجد هي ما تنفق[٤].

وقال الشيخ رحمه الله: أرى إن[٥] كان يرجى لها[٦] ما تنفق منه أن يؤجل الشهر ونحوه، وكذلك إن[٧] كانت صناعة كسدت، ويرجى نفاقها. وإن كان لا يرجى له شيء فالأيام، فإن لم يجد طلق عليه[٨]، ولو قيل: يؤخر الشهر إذا كانت فقيرة، والشهرين إذا كانت موسرة، لكان وجهاً.

وقال ابن الماجشون في المبسوط: إن ضرب له أجل[٩] فمرض أو سجن فمنعه ذلك عن النظر فيما يأتي له[١٠]، زيد في الأجل بقدر ما يرى إن ارتجي له شيء، وإلا طلق عليه، وإن غاب مختاراً؛ طلق عليه، فإن أيسر في العدة كانت له الرجعة.

وقال ابن القاسم في كتاب محمد: إن أيسر بنفقة الشهر، وإن لم تكن إلا نفقة العشرة الأيام والخمسة عشر يوماً -فليس ذلك له؛ لأن ذلك ضرر يرتجع ثم يطلق إلى أيام[١١].

وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: إن أيسر برزق شهر، وما

---

(١) قوله: (إلا) ساقط من (ت).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٣.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠١.

(٥) في (ح): (إذا).

(٦) في (ب): (له).

(٧) في (ح): (إذا).

(٨) قوله: (عليه) ساقط من (ب).

(٩) في (ح): (أجلاً).

(١٠) في (ت): (به).

(١١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠١.

يستوجب من اللباس والوطاء[١] -فله الرجعة.

وأرى إن كان صانعاً فعاد نَفَاقُ[٢] صنعته أن يُمَكَّنَ مِنَ الرجعة، وإنْ أيسر برزق اليوم.

وللزوجة أن تطلق بالعجز عن الكسوة، وإن كان قادراً على النفقة وهو قول أشهب في العتبية، قيل له: بكم يستأنى في الكسوة إن قال أنا أرجو، قال: شهرين[٣].

وكذلك ينبغي إن عجز عن الغطاء والوطاء خاصة يطلق[٤] عليه كعجزه عن الكسوة.

واختلف في القدر الذي يمنع الطلاق من النفقة والكسوة، فقال محمد في النفقة: لا أقل مما تعيش[٥] به، ولعله لا يجد ذلك[٦] فلا أقل مما لا تعيش[٧] إلا به[٨].

وقال مالك في كتاب ابن حبيب: إن لم يجد غير الخبز وحده، وما يواري عورتها، ولو بثوب واحد من غليظ الكتان لم يفرق بينهما[٩].

وقال في كتاب محمد: إن لم تجد إلا الطعام وحده، والكسوة محضاً، إذا كان الطعام قوتها، والكسوة من وسط الكتان، مثل الفسطاطي -لم يفرق بينهما، وإن كانت من بيت الغنى[١٠]. وقيل أيضاً: إن لم يجد إلا الغليظ من الثياب،

---

(١) في (ب) و(ت) و(ش١): (والوطء).

(٢) في (ت): (نصف).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٥٧.

(٤) في (ح): (تطلق).

(٥) في (ب): (يعيش).

(٦) في (ب): (ولعله نحو ذلك).

(٧) في (ب): (يعيش).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٤.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٠.

(١٠) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠٠.

والخشن من الطعام، قال: لكل شيء قدر، وينظر إلى قدر حالهما[١]، ولباس مثلهما، ولا يكسوها ما ليس من لباس مثلها.

وقول[٢] محمد: ما لا تعيش إلا به حرج[٣] تمسي وتصبح جائعة وعليه، ما يسد جوعها، وإلا فرق بينهما، وإن كان من خشن[٤] الطعام، ولا إدام معه-لم تطلق عليه إلا أن تكون[٥] من أهل الشرف، وممن لم تألف[٦] مثل ذلك، ولا ينساغ لها ذلك. وإن جاعت لم تلزم[٧] به، وكذلك الكسوة إذا كان لباس مثل ذلك معرة عليها -لم تلزمها، وطلقت[٨] عليه، وإن لم يكن فيه معرة لم تطلق عليه، وإن لم يكن لباس مثلها.

فصل

[في زواج المرأة من الرجل الفقير]

واختلف إذا كان في حال العقد فقيراً، وعلمت بذلك، فقال في كتاب محمد: تطلق عليه[٩]. وقال في المبسوط: لا تطلق عليه، أرأيت لو تزوجت رجلاً من أهل الصُّفَّة أكانت تطلق عليه؟ وكذلك إن كان فقيراً فأيسر، ثم افتقر يختلف في الطلاق عليه.

ولا أرى أن تطلق عليه إذا كان ممن يفتح عليه ولا يتكفف، وإن كان يسأل فلم يفعل تطلق عليه، وكذلك إن كان لا يسأل، وكان مقصوداً مشهوراً

---

(١) قوله: (قدر حالهما) يقابله في (ح): (حال قدرهما).

(٢) في (ب) و(ت) و(ش١): (وقال).

(٣) في (ح): (مخرج).

(٤) في (ح): (جنس).

(٥) في (ح): (يكون).

(٦) في (ح): (يألف).

(٧) في (ت): (تلتذ)، وفي (ح): (يلزمه).

(٨) قوله: (لم تلزمها، وطلقت) يقابله في (ح): (لم يلزمه، وطلق).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦٠١.

بالعطاء، ثم تعذر ذلك عليه، فلها أن تقوم بالطلاق.

واختلف في الناشز[١]، هل لها نفقة؟ والقياس ألا شيء لها، ولو كنت أقول: إن لها النفقة، لم أبلغ بذلك أن تطلق عليه عند عدمها. وفي كتاب الأيمان بالطلاق ذكر المرأة تدعي على زوجها أنه طلقها ثلاثاً، وهو منكر هل[٢] لها نفقة.

(١) في (ح): (الناشرة).
(٢) قوله: (هل) ساقط من (ح).




باب
في[1] العنين تقوم به زوجته

(ب) ١٩٩/ب

العنة عيب يوجب للزوجة/ القيام بالفراق إذا علمت بعد العقد، وإن علمت قبل العقد[2] وأنه لا يصيب بحال -لم يكن لها قيام وإن كان يرجى ذهاب ذلك بالعلاج كان لها عند مالك أن تقوم إن لم يذهبه العلاج.

والأشبه ألا قيام لها؛ لأن الزوج أعلمها أن به عيباً مشكوكاً في زواله، ولو اشترى رجل عبداً، وبه عيب مشكوك في ذهابه، فلم يذهب؛ لم يرد، وكذلك هذه، وقد وقع في مثل هذا أسئلة جعل للمرأة فيها مقال، والقياس ألا شيء لها[3]، فقال في التي دخل بها ثم اعترض عنها، ففارقها، ثم تزوجته: إنها تقوم بعيب العنة[4]. وأبين من ذلك أن يضرب له أجل، فيعالج، ثم لا يصيب، فيفرق بينهما لذلك، ثم تتزوجه.

وقال أبو محمد عبد الوهاب: يضرب له أجل ثانٍ[5] ، فإن أصاب، وإلا كانت بالخيار[6].

وأرى ألا مقال لها؛ لأنها علمت أن به عيباً لم يذهبه العلاج، وكذلك إن تزوج غيرها، وعلمت الثانية بما تقدم له مع الأولى[7] ، فلا قيام لها.

---

(١) قوله: (في) ساقط من (ح).

(٢) قوله: (العقد) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (لها) ساقط من (ب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٤.

(٥) في (ح): (ثانية).

(٦) انظر: المعونة: ١/ ١/ ٥١٧، ٥١٨.

(٧) في (ح): (الأول).

وكذلك إن ضرب له أجل[1]، فانقضى ولم يصب، فرضيت بالمقام ثم قامت، فقال ابن القاسم[2]: لها ذلك من غير أجل[3]. وقال في المستخرجة: تطلق عليه، وإن لم ترفع إلى السلطان[4].

وقال ابن حبيب: إن قامت بحدثان رضاها، لم يكن ذلك لها[5]. وإن كان بعد زمان وقالت: رجوت ألا يتمادى فذلك لها.

والقياس في جميع هذه الأسئلة ألا مقال لها؛ لأنها رضيت بالعيب، وإذا لم تعلم ضرب له[6] أجل سنة، ولم يعجل بالطلاق، إلا أن يُرَى أَنَّ مثله لا ينفعه العلاج، أو يكون قد تعالج قبل ذلك سنة؛ فيطلق عليه الآن من غير أجل.

واختلف فيمن ضرب له أجل سنة ومرض؛ فقال ابن القاسم: إن مضت السنة وهو مريض، أو مرض بعد السنة، طلق عليه عند انقضاء السنة، ولم يستأنف أجل[7].

وقال أصبغ: إن مضت السنة وهو مريض، لم يطلق عليه، ويستأنف السنة.

وقال ابن الماجشون: إن مضى بعض السنة وهو مريض، لم تطلق عليه[8]

(١) في (ح): (أجلاً).

(٢) قوله: (ابن القاسم) ساقط من (ب).

(٣) انظر النوادر والزيادات: ٤/ ٥٤٠.

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٥، والنوادر والزيادات: ٤/ ٥٤٠.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٤٠.

(٦) في (ح): (لها).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٤٠. انظر البيان والتحصيل: ٥/ ٤٤٠، ٤٦٨.

(٨) قوله: (ويستأنف السنة... وهو مريض، لم تطلق عليه) ساقط من (ت).

عند انقضائها.

وأرى أن يستأنف السنة إن مرض جميعها. وإن مرض ستة أشهر من أولها ثم صح استأنف سنة من يوم صح. وإن صح ستة أشهر، ثم مرض ستة أشهر[١] استأنف سنة، ولم يحتسب بالستة الأشهر الأول؛ لأنه قد يكون[٢] في فصلين من السنة، خاصة، ولم يعم الفصول الأربع. وأجل الحر سنة، سواء كانت زوجته حرة أو أمة.

واختلف في العبد له زوجة حرة أو أمة، فقال مالك: الأجل ستة أشهر على النصف من الحر[٣].

وقال أبو بكر بن الجهم: سنة كالحر. وهو أبين؛ لأن السَّنة جُعِلَتْ لِيُخْتَبَرَ في الفصول الأربع، فقد ينفع الدواء في فصل دون فصل، وهذا يستوي فيه الحر والعبد.

فصل

[في طلاق المرأة من العنين]

وإذا طلق على العنين اعتدت زوجته للخلوة، ولم يملك الرجعة؛ لأنه معترف أنه لم يصب. واختلف فيما تستحقه من الصداق وقد مضى ذكر ذلك في كتاب[٤] إرخاء الستور. واختلف[٥] إذا أنكر الزوج قول الزوجة، فقال مالك

---

(١) قوله: (ستة أشهر) يقابله في (ب): (سنة).

(٢) في (ب): (تعالج).

(٣) في (ت): (الحرة). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٤٢.

(٤) قوله: (كتاب) ساقط من (ت).

(٥) قوله: (فيما تستحقه من الصداق ... إرخاء الستور. واختلف) ساقط من (ح).

في المدونة: يدين الزوج والقول قوله[١].

وروى عنه ابن وهب أنه يدين في الثيب، وينظر النساء في البكر، فإن كانت قائمة البكارة صدقت، وإن كانت ذاهبة العذارة[٢] صدق.

وروى عنه الواقدي في مختصر ما ليس في المختصر: أن لا يصدق في الثيب أيضاً[٣]، ويجعل معها امرأة تنظر إذا غشيها الزوج. وأجاز قول امرأة واحدة. وقال الأوزاعي: امرأتين.

ولا أرى أن يُدَيَّن؛ لأنه يتوصل إلى معرفة الصادق منهما، فيعرف ذلك من البكر بما ذكرنا. وأما الثيب فأرى أن تُسأل المرأة، فإن قالت: إنه لا ينتشر نظر إليه من فوق الثوب هل ينتشر، فإن قالت أنه ينتشر فإذا دنا منها ذهب ترجح أن يقال: لا تصدق؛ لأنها مقرة أنه على هيئة مَنْ يصيب، مدعية نزول علة[٤] بعد ذلك، ويصح ألا يدين؛ لأن بعض الرجال يعقد، فيعرض له ذلك، فيطلب دليل بصدق الصادق منهما، إما بامرأة كما روى الواقدي، وإما بالصفرة كما قال[٥] ابن شبرمة[٦]، أو بغير ذلك.

وقال مالك فيمن أقر بالعنة وادعى بعد الأجل أنه أصاب، فالقول قولها[٧]. وهذا أبين ألا يقبل قوله، وأن يطلب دليل بصدقه أو كذبه؛ لأنه مقر بالعيب[٨] مدعٍ لذهابه، فكان القول قولها؛ لاستصحاب الحال، إلا أن يأتي بما

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٥.

(٢) في (ت): (العذرة).

(٣) قوله: (أيضاً) ساقط من (ح).

(٤) في (ب): (مدعية نزولاً).

(٥) في (ت): (روى).

(٦) في (ح): (ابن ميسرة).

(٧) في (ح): (قوله). وانظر: التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس: ١ / ٤١٢.

(٨) في (ت): (بالعنة).

يدل على صدقه.

واختلف بعد القول أنه يدين إذا أنكر العنة من الأصل، هل يحلف؟ فأما إن أقر وادعى زوال ذلك، حلف قولاً واحداً.

ومن أصاب زوجته مرة، ثم اعترض[١] عنها لم تطلق عليه، وكانت مصيبة نزلت بها[٢]. ويجري فيها[٣] قول آخر: إن لها القيام قياساً على أحد قولي مالك إذا[٤] أصاب مرة، ثم قطع ذكره.

---

(١) قوله: (ثم اعترض) يقابله في (ب): (أعرض).

(٢) في (ت): (به).

(٣) قوله: (فيها) ساقط من (ب).

(٤) في (ت): (ثم).

باب



في اختلاف الزوجين في الملابس وفي[1] متاع البيت وغيره



وإذا اختلف الزوجان في الملابس: فما كان من لباس الرجال فالقول قوله فيه، وما كان من لباس النساء فالقول قولها فيه[2]، وكذلك الفرش والغطاء والمواعين، فما كانت العادة أنَّه للرجل[3] يأتي به أو يشتريه، فالقول قوله فيه، وما كانت العادة أن المرأة تأتي به أو تكسبه فالقول قولها فيه. قال ابن حبيب: مع يمينه أو يمينها، وقال سحنون: لا يمين على واحد منهما[4].

واختلف فيما كان يشبه أن يأتي به الرجل والمرأة أو يكسباه. فقال مالك: هو للرجل مع يمينه؛ لأن البيت بيته[5]. وقال المغيرة وابن وهب في العتبية: هو بينهما بعد أيمانهما[6]. وهو أشبه.

فإن اختلفا في العبيد؛ كان القول قول الزوج في الذكران ويختلف في الإناث؛ لأنهن مما يشبه أن يكون لهما جميعاً.

---

(١) قوله: (في الملابس و) ساقط من (ن).

(٢) قوله: (فيه) ساقط من (ب).

(٣) في (ح): (للرجال).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٦.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٧.

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٤٥، «قال ابن القاسم: وقال غيره من أهل العلم: يقسم بينهما إذا لم يكن لأحدهما عليه بيّنة بعد أيمانهم. قال ابن وهب: والذي آخذ به وأستحسنه أن يقسم بينهما ما اشتبه من ذلك، فيرى أنه يكون للرجال والنساء بعد أيمانهم على ما تداعيا فيه»، وانظر النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٦، وانظر المسألة في: الإشراف: ٢/ ٩٨٣.

فعلى قول مالك وابن القاسم يكون للرجل، وعلى القول الآخر يكون[١] بينهما بعد أيمانهما. وإن اختلفا في رقبة الدار كان القول قول الرجل.

وإن اختلفا في شيء من مركوب الرجال فالقول قوله فيه، وإن اختلفا فيما يشبه كان القول/ قول الرجل[٢]، إلا أن يعلم أن المرأة الحائزة لها دونه، أو[٣] تكون منسوبة إليها ومعروفة بها، والاختلاف في ذلك مع بقاء العصمة وبعد الطلاق سواء. وكذلك إن ماتا أو مات أحدهما، فما كان الحكم أنه للرجل - كان القول قول ورثته فيه مع أيمانهم إن ادعوا العلم[٤]، وإن قالوا: لا علم لنا، فهو لهم بغير يمين، إلا أن يدعَى عليهم العلم، وما كان للمرأة -فالقول قول ورثتها فيه[٥] مع أيمانهم إن ادعوا العلم، وإن قالوا: لا علم لنا، فهو لهم بغير يمين، إلا أن يدعَى عليهم العلم[٦]، ويشبه أن يعرفوا ذلك، وما كانت العادة أنه للرجل[٧] ، فأقامت المرأة البينة أنها اشترته، فهو لها، وما كانت العادة أنه للزوجة، فأقام البينة أنه اشتراه، أو أقرت له بذلك، فالقول قوله.

(ب ٢٠٠/أ)

قال مالك: ويحلف أنه ما اشتراه لها، وقال سحنون: إن أقام البينة أنه اشتراه لنفسه، فهو له، فأما اشتراؤه هكذا، فيمكن أن يشتريه لامرأته، وإنما يشتري للنساء الرجال[٨].

---

(١) قوله: (الآخر يكون) ساقط من (ب).
(٢) قوله: (وإن اختلفا في شيء من مركوب ... القول قول الرجل) ساقط من (ح).
(٣) في (ب): (و).
(٤) قوله: (إن ادعوا العلم) ساقط من (ب) و(ح).
(٥) قوله: (فيه) زيادة من (ح).
(٦) قوله: (وما كان للمرأة -فالقول قول ورثتها مع أيمانهم إن ادعوا العلم، وإن قالوا: لا علم لنا، فهو لهم بغير يمين، إلا أن يدعي عليهم العلم) ساقط من (ب).
(٧) في (ح): (للرجال).
(٨) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٧.



باب[١]
في القسم والعدل بين الزوجات

الأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣]. فأباح أربعاً مع العدل، وحرم ما بعد واحدة إذا خاف الميل، وأخبر الله عز وجل أن الزوج لا يستطيع أن يأتي بذلك مع حقيقته[٢]، وأمره بما يطيق. فقال تبارك وتعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا...﴾ الآية [النساء: ١٢٩].

قيل: نزلت في الحب والجماع، فالحب مما لا يستطاع العدل فيه ولا يملك، والجماع تابع له؛ لأنه عنه ينبعث، فأمر أن يأتي من ذلك ما يطيق، ولا يؤثر من يهوى فوق القدر الذي يغلب عليه، وأن يصلحوا، فيعدلوا، ويتقوا الله في ألا يميلوا.

وفي الترمذي قالت عائشة رضي الله تعالى عنها: كان رسول الله ﷺ يقسم[٣] بين نسائه، فيعدل، ويقول: «**اللهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلاَ تَلُمْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلاَ أَمْلِكُ**»[٤].

وقال ﷺ: «**إِذَا كَانَتْ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا؛ جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ[٥] سَاقِطٌ**»[٦].

---

(١) قوله: (باب) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (أن يأتي بذلك مع حقيقته) يقابله في (ب): (ذلك حقيقة).

(٣) قوله: (يقسم) ساقط من (ح).

(٤) أخرجه الترمذي: ٣/ ٤٤٦، في باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، من كتاب النكاح، برقم(١١٤٠).

(٥) في (ح): (وجنبه).

(٦) أخرجه الترمذي: ٣/ ٤٤٧، في باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، من كتاب النكاح، برقم (١١٤١).

والعدل بين الزوجات في ثلاثة أوجه: الكون عندهن، وإصابتهن، وما يكون منه من نفقة وكسوة.

فأما كونه عندهن فلا خلاف أن عليه أن يسوي بينهن إذا كانتا حرتين.

وأما الإصابة فعليه العدل من وجه ألا يمسك عن واحدة ليبقي نَفْسَهُ للأخرى، وليس عليه إذا أصاب واحدة أن يصيب الأخرى إذا لم ينشط لها.

وأما النفقة والكسوة: فليس عليه المساواة فيها فقد تكون إحداهن ذات منصب وقدر، فلها أن تطلبه بما يجب لمثلها، وليس عليه أن يلحق الدنية بها.

واختلف هل يتطوع لواحدة بأكثر مما يجب لها من النفقة والكسوة؟ فأجازه ابن حبيب.

وقال مالك في كتاب محمد مرة: لا بأس أن[1] يكسو إحداهن[2] الخز والحلي ما لم يكن على وجه الميل[3].

وقال أيضاً: لا بأس بالشيء اليسير ما لم يكن على وجه الضرر والميل[4]. وهذا أحسن؛ لقول النبي ﷺ في حديث النعمان: «**أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟ قَالَ: لَا. قَالَ: فَارْجِعْهُ**»[5]. فمنع التطوع بالهبة لأحد الأولاد، لما يدخل في ذلك

(١) قوله: (بأس أن) ساقط من (ت).

(٢) في (ب) و(ت) و(ش١): (إحداهما).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٥.

(٤) في (ت): (على وجه الميل).

(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٩١٣، باب الهبة للولد وإذا أعطى بعض ولده شيئا لم يجز حتى يعدل بينهم ويعطي الآخرين مثله ولا يشهد عليه، من كتاب الهبة وفضلها، برقم (٢٤٤٦)، ومسلم: ٣/ ١٢٤١، في باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، من كتاب الهبات، برقم(١٦٢٣)، ومالك: ٢/ ٧٥١، في باب ما لا يجوز من النحل، من كتاب الأقضية، برقم(١٤٣٧).

من الفساد والشنآن والتحاسد والعقوق منهم له[١]. ومعلوم أنه مطالب فيما بين نسائه لمثل[٢] ذلك. وأن الذي يدخل بينهن من الفساد عند ذلك أشد.

فصل

[في اختلاف حال الزوجات]

اختلاف حال الزوجات لا يغير القسم، فإن كانت إحداهن مريضة أو صغيرة أو رتقاء أو حائضاً أو نفساء أو مجنونة أو مجذومة[٣] كان القسم بينهن سواء، وكذلك إن آلَى من واحدة أو ظَاهَرَ فهي على حقها والكون عِنْدَها، وألا يصيب البواقي إلا أن يتحلل[٤] من الإيلاء والظهار، وعليه أن يتحلل من[٥] ذلك الآن إذا قامت بحقها التي لم يُولِ منها، ولم يظاهر. ومحمل الآية في الإيلاء على من كان خلواً من غيرها، فإن كان له نسوة -كان لها أن تطالبه بالعدل في الإصابة حسب ما تقدم، إلا أن يعتزل جميعهن.

وَقَدْ غَاضَبَ النَّبِيَّ ﷺ بَعْضُ[٦] نِسَائِهِ، فَاعْتَزَلَ جَمِيعَهُنَّ شَهْراً إِرَادَةَ العَدْلِ. أخرجه البخاري ومسلم[٧].

والقسم بين المسلمة والنصرانية سواء.

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ح). (٢) في (ح): (بمثل).

(٣) قوله: (أو مجذومة) ساقط من (ح)، وفي (ب): (أو محرمة).

(٤) في (ب) و(ت) و(ش١): (ينحل). (٥) قوله: (من) ساقط من (ح).

(٦) قوله: (بعض) ساقط من (ب).

(٧) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٥/ ١٩٩١، في باب موعظة الرجل ابنته لحال زوجها من كتاب النكاح، برقم (٤٨٩٥)، ومسلم: ٢/ ٧٦٣، باب الشهر يكون تسعا وعشرين، من كتاب الصيام برقم (١٠٨٤).

واختلف قول مالك في الحرة والأمة فقال مرة يسوي بينهما[١]. وهذا لعموم الآية. وقال مرة للحرة يومان وللأمة يوم[٢]. يريد: أن المساواة إنما هي[٣] لما يقع في أنفس الزوجات من تفضيل بعضهن على بعض، ومعلوم أن موقع[٤] ذلك من الأمة غير موقعه من الحرة؛ لأن معها من ذلة العبودية ما لا تسمو به[٥] بنفسها إلى مساواة الحرة، وغايتها إن كانت ضرة للحرة. ويؤيد ذلك ما جعل للحرة ألا تكون الأمة ضرة لها، وأنها بالخيار في زوال ذلك باختيارها نفسها، أو بفراق الأمة، فأما من[٦] لم ير المساواة: جعلها على النصف؛ قياساً على أحكامها في الحدود.

وإن كانت حرة نصرانية وأمة مسلمة، سوّى بينهما؛ لأن هذه تدلي بالإسلام والأخرى بالحرية، ولا قسم بين الزوجة وملك اليمين من[٧] الأمة والمدبرة وأم الولد. والمذهب على ألا مقال للحرة إن أقام عند الأمة. وفيه نظر، إلا أن يكون هناك إجماع.

فصل

[في القسم بين الزوجات]

القسم بين الزوجات يوم بيوم، لا أكثر[٨] فإن رضي الزوج والنسوة أن يكون اليومين والثلاثة[٩] جاز؛ لأن ذلك من حقوقهن[١٠]. ويختلف إذا أراد

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١٩١.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٣٧.

(٣) قوله: (إنما هي) ساقط من (ب) و(ح).

(٤) في (ح): (موضع).

(٥) قوله: (تسمو به) يقابله في (ب): (سوم)، وفي (ح): (تسوم).

(٦) قوله: (فأما من) يقابله في (ت): (فلما).

(٧) قوله: (من) ساقط من (ح).

(٨) قوله: (لا أكثر) زيادة من (ح).

(٩) في (ح): (والثلاث).

(١٠) في (ح): (حقوقها).

الزوج ذلك بغير رضاهن فمنعه في كتاب محمد[١]، وهو ظاهر المدونة، قال: ويكفيك في ذلك ما مضى من رسول الله ﷺ، ومن أصحابه[٢].

وأجاز ابن القصار أن يسبع عند الثيب ويحاسب؛ لحديث أم سلمة، فعلى هذا يجوز يومان[٣] وثلاثة بغير رضاهن، إذا لم يجعل ذلك سُنة، وللزوج أن يبتدئ بالقسم بالليل والنهار، وليس له أن يأتي إحداهن في يوم الأخرى ليقيم عندها، واختلف هل يدخل لقضاء حاجة؟ فأجاز مالك في كتاب محمد أن يأتي[٤] عائداً أو لحاجة أو ليضع ثيابه عندها، وليس/ عند الأخرى شيء من ثيابه إذا كان ذلك منه على غير ميل ولا ضرر[٥].

(ب) ٢٠٠/ب

وقال أيضاً: لا يقيم عند إحداهما إلا من عُذْر لا بد منه من اقتضاء دين، أو تجارة، أو علاج[٦]. وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: لا بأس أن يقف بباب إحداهن ويسلم من غير أن يدخل، وأن يأكل مما تبعث[٧] به إليه[٨]. وهذا أحسن، فلا يدخل لإحداهما في يوم الأخرى إلا لضرورة تنزل؛ لأن الغالب أن منزلة الزوجتين تختلف، فإذا سوغ أن يضع ثيابه أو تجارته عند إحداهن قصد بذلك من له إليها[٩] ميل، وصار بذلك إلى ما يحبه[١٠]، ولم يتحصل القسم.

واختلف إذا أغلقت إحداهن[١١] دونه بابها[١٢]، فقال مالك في كتاب

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٤.
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٩.
(٣) في (ب) و(ت) و(ش١): (يومين).
(٤) قوله: (أن يأتي) ساقط من (ب).
(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٣.
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٤.
(٧) في (ب) و(ت) و(ش١): (يبعث).
(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٤.
(٩) قوله: (من له إليها) يقابله في (ت): (منه).
(١٠) في (ب): (تحبه).
(١١) في (ب) و(ت) و(ش١): (إحداهما).
(٢) قوله: (بابها) ساقط من (ت).

محمد:[١] إن قدر أن يبيت في حجرتها وإلا يذهب إلى الأخرى. وقال ابن القاسم: يؤدبها، ولا يذهب إلى الأخرى وإن كانت هي الظالمة. وقال أصبغ: إلا أن يكون[٢] يكثر ذلك منها، ولا مأوى له سواها[٣].

وهو أحسن؛ لأنها وإن ظلمت فلم تأذن أن تعطي حقها لضرتها، إلا أن يتكرر ويرى ألا يصدها عن ذلك إلا كونه عند ضرتها. وإن كانت الزوجتان في بلدين -لم يقسم يوماً يوماً، ويجوز أن تكون الجمعة والشهر والشهرين على قدر بُعْدِ الموضعين، وما لا يدركه في اختلافه بينهن ضرر، ثم لا يقيم عند إحداهن أكثر، إلا أن يكون ذلك لتجارة حبسته، أو ضيعة ينظر فيها.

فصل

[في أحوال الزوج مع نسائه]

والزوج مع نسائه على خمسة أقسام: قسم هو مطالب فيه بالعدل، وهو المتقدم ذكره، وأربعة يَسْقُطُ عنه ذلك فيها. ثم هي مختلفة المراتب:

فأحدها: مختلف فيه هل الأمر بيده، فإن أحب قَسَمَ أو ترك، أو ذلك مستحق عليه لامرأة بعينها من غير خيار، وهو حال الابتناء؟

والثاني: مختلف فيه هل ذلك إليه؛ يخص بنفسه أيتهن أحب، أو تكون قرعة لتساوي[٤] حقهن فيه، وأنه لا بد أن يستبد به إحداهن؟ وهو حال المرض والسفر والزفاف إذا دخلت عليه امرأتان في ليلة.

والثالث: مختلف فيه؛ هل الخيار إليه أو تكون قرعة، أو يكون إلى غير من كان عندها من غير خيار ولا قرعة؟ وهو إذا قدم من سفر أو صح من مرض

---

(١) قوله: (في كتاب محمد) ساقط من (ت). (٢) قوله: (يكون) ساقط من (ب) و(ح).

(٣) في (ح): (سواهما)، وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٢.

(٤) في (ت): (تساوي).

أو انقضى أيام الابتناء.

والرابع: أن ذلك إليه، وهو حال المرض إذا كانت إحداهن أرفق به وأقوم عليه[(١)]، فله أن يكون عندها من غير قرعة.

ومقام الزوج عند البكر سبعٌ، وعند الثيب ثلاثٌ، وليس عليه العدل في هذه الأيام.

واختلف هل ذلك حق له، أو لها؛ يجبر عليه، أو يندب ولا يجبر؟ فقال مالك مرة: ذلك حق لها لازم[(٢)]. وقال مرة: هو حق له[(٣)]. وقال أصبغ: هو حق لها يؤمر ولا يجبر، كالمتعة. والأول أحسن؛ لقول النبي ﷺ: «**لِلْبِكْرِ سَبْعٌ، وَلِلثَّيِّبِ ثَلاَثٌ**»[(٤)] واللام للتمليك حتى يقوم دليل يخرجه عن ذلك.

واختلف بعد القول أنه حق لها، وقال أشهب: لا[(٥)] يقضى به، وقال ابن عبد الحكم: يقضى[(٦)] إذا كان لها ضرائر، أو كان خلواً من النساء.

فالأول لقول أنس: «**مِنَ السُّنَّةِ إِذَا تَزَوَّجَ البِكْرَ عَلَى الثَّيِّبِ، أَقَامَ عِنْدَهَا سَبْعاً وَقَسَّمَ، وَإِذَا تَزَوَّجَ الثَّيِّبَ أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلاثاً، وَقَسَّمَ**[(٧)]». قال أبو قلابة: لو ثبت قُلْتُ[(٨)]: إنَّ أنساً رفعه إلى النبي ﷺ أخرجه البخاري ومسلم[(٩)].

---

(١) قوله: (عليه) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٩.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٨٩. «قال ابن القاسم: ولقد كان بعض أصحابنا... فلم أجده إلا حقاً للمرأة».

(٤) أخرجه مسلم: ٢/ ١٠٨٣، في باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف، في كتاب الرضاع، برقم (١٤٦٠).

(٥) قوله: (لا) ساقط من (ت).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١١.

(٧) في (ح): (ثم قسم).

(٨) قوله: (قُلْتُ) ساقط من (ح).

(٩) متفق عليه، البخاري: ٥/ ٢٠٠٠، في باب إذا تزوج الثيب على البكر، من كتاب النكاح،

ووجه الثاني قول أنس: من السنة إذا تزوج البكر أقام عندها سبعاً، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً، ولم يشترط أخرجه البخاري[1].

وقال مالك[2] في العتبية: لا يتخلف العروس عن الصلوات في جماعة ولا عن الجمعة[3]. وقال سحنون: قال بعض الناس: لا يخرج، وذلك حق لها[4]. وقال ابن حبيب: يتصرف في حوائجه وإلى المسجد[5]. والعادة اليوم ألا يخرج لحاجة، ولا لصلاة وإن كان خلواً من غيرها، وعلى المرأة في ذلك عند النساء وَصْمٌ إِنْ خَرَجَ، وأرى أن يلزم العادة.

واختلف إذا أقام عند الثيب ثلاثاً ثم أراد أن يتمها سبعاً ويسبع لنسائه على حديث أم سلمة فأباه مالك في كتاب محمد[6]، وأجازه ابن القصار قال: إن أقام عند الثيب سبعاً -قضى للمتقدمات سبعاً سبعاً[7]. قال: وبه قال أنس بن مالك والنخعي والشعبي والشافعي وابن حنبل وإسحاق[8]. وقال محمد بن عبد الحكم: إذا زفت إليه امرأتان في ليلة أقرع بينهما. وعلى أحد قولي مالك أن ذلك حق له -يكون بالخيار من غير قرعة.

برقم (٤٩١٦)، ومسلم: ٢/ ١٠٨٤، في باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف، في كتاب الرضاع، برقم (١٤٦١) وعند مسلم: (قال خالد: ولو قلت إنه رفعه لصدقت، ولكنه قال: السنة كذلك)

(١) انظر: الحديث موضع التخريج السابق عند البخاري برقم (٤٩١٥).

(٢) قوله: (مالك) زيادة من (ح).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ١/ ٣٥٨، والنوادر والزيادات: ٤/ ٦١٢.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٢.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١١.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١١.

(٧) قوله: (سبعاً) ساقط من (ح).

(٨) انظر: عيون المجالس: ٣/ ١١٨٦.

وعلى المريض أن ينتقل[١] بين نسائه إلا أن يشتد مرضه، فيسقط ذلك عنه. ثم يختلف هل يكون الخيار إليه، أو تكون قرعة؟ وهذا مع تساوي نسائه[٢] في القيام به، وإن علم من إحداهن الجفوة والضعف عن القيام بالمريض ومن الأخرى الرفق والقيام -أقام عندها من غير قرعة.

واختلف قول مالك في سفره بإحداهن، فقال مرة: يقرع بينهن. وقال مرة: يسافر بمن شاء من غير قرعة[٣]. وبه أخذ ابن القاسم.

والأول أحسن؛ لحديث عائشة ﵂ قالت: «كَانَ رَسُولُ الله ﷺ إِذَا سَافَرَ أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ فَأَيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُهَا سَافَرَ بِهَا»[٤]. لتساوي حقهن فيه، فلم يكن لواحدة أن تستبد به، ولم يكن له أن يخص بنفسه واحدة منهن، فكانت القرعة عدلاً بينهن. وهذا إذا كان جميعهن يصلح للسفر، وليس له أن يخلف التي هي القَيِّمَةُ بماله المُدَبِّرَةُ لأمره[٥] إذا كرهت المقام، وليس عليها أن تقيم للخدمة[٦] في ماله، ويؤثر غيرها، إلا أن تكون ثبطة[٧] لا تصلح للسفر، أو ذات عيال؛ لأن عليه ضرراً في خروجها بعيالها، أو خروجها دونهم.

---

(١) في (ب): (يجول).

(٢) قوله: (تساوي نسائه) يقابله في (ح): (تساويهن).

(٣) انظر: التفريع: ١/ ٤٢٨، والنوادر والزيادات: ٤/ ٦١٣. والمعونة: ١/ ٥٤٩، وعيون المجالس: ٣/ ١١٨٧، ١١٨٨.

(٤) متفق عليه، البخاري: ٢/ ٩١٦، في باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة فإذا كانت سفيهة لم يجز، من كتاب الهبة وفضلها، برقم (٢٤٥٣)، ومسلم: ٤/ ١٨٩٤، في باب في فضل عائشة ﵂، من كتاب فضائل الصحابة ﵃، برقم (٢٤٤٥).

(٥) في (ح): (لاضره).

(٦) في (ح): (لتخدمه).

(٧) في (ح): (بطيئة).

وإن أراد السفر بواحدة فكرهت؛ أجبرت، إلا أن يكون سفراً يدركها فيه مشقة، أو تدركها فيه معرة.

وإذا انقضت أيام الابتناء، أو أفاق الآخر من مرضه، أو قدم من سفره لم يحاسب بالماضي. واختلف في المستقبل/ هل يبتدئ بغير من كان عندها أو[1] كانت معه، أو[2] يكون بالخيار، يبتدئ بأيهما أحب[3] ؟ ويجري فيها قول ثالث أن تكون قرعة بين من سواها[4] .

(ب ٢٠١/أ)

وأرى أن يبتدئ بغيرها، ثم بالتي كان لها الحق قبل الابتناء والمرض والسفر، ثم يكون عند من كان عندها؛ مريضاً أو في السفر آخرهن. وإن اختلط عليه كيف[5] كانت التبدئة[6] بينهن لطول المرض، أو السفر، أقرع بينهن خاصة، ثم كانت مع[7] من كان عندها أو معها في السفر[8] آخرهن.

وإن سافرت إحدى نسائه جاز له أن يصيب الباقية.

قال مالك في المبسوط: وإن قالت له[9]: أحرم عليك أن تأتي صاحبتي في يومي، أو تبيت عندها في ليلتي؛ لم يحرم ذلك عليه، وهي تركت يومها حين خرجت.

وقال أيضاً: إن كان بينهما ميل، قريب من ذلك -فلا يصيبها[10] في يوم الأخرى. وإن كان سفراً بعيداً فلا بأس.

---

(١) في (ح): (أم).
(٢) في (ح): (أم).
(٣) في (ح): (شاء).
(٤) قوله: (من سواها) يقابله في (ح): (نسائه).
(٥) قوله: (ان عندها؛ مريضاً أو في السفر آخرهن. وإن اختلط عليه كيف) ساقط من (ح).
(٦) في (ب): (البداية).
(٧) قوله: (مع) زيادة من (ح).
(٨) قوله: (في السفر) زيادة من (ح).
(٩) قوله: (له) ساقط من (ت).
(١٠) في (ت): (يمسها).

ومحمل جواب مالك على قوله المتقدم فيمن أغلقت الباب دونه أن له أن يمضي إلى صاحبتها، وليس ذلك له[1] على قول ابن القاسم: إذا حرمت[2] عليه، إلا أن تطول الغيبة، ويدركها[3] الضرر.

فصل

[في ترك العدل بين الزوجات]

عدم العدل على وجهين: فإن ذهب بيوم[4] إحداهما، ولم يمض إلى الأخرى لم يكن لمن ذهب يومها[5] أن تحاسب بتلك الأيام؛ لأنها لو حوسبت بها لكانت قد أخذت ذلك من يوم صاحبتها، وهي لم يصل إليها إلا حقها. وإن كان تلك الأيام عند الأخرى برضاها كان في المسألة قولان، فقيل: لا محاسبة لها، ويستأنف العدل.

وقال في السليمانية في رجل له أربع نسوة، فأقام عند إحداهن شهرين، ورأى أن يدور على البواقي، فقالت التي أقام عندها شهرين: لا تزيد على ليلة ليلة. فقال: أقيم عندهن كما أقمت عندك ستة أشهر، وحلف ألا يطأها ستة أشهر حتى يوفهن[6] ما أقام عندها. قال: ليس في هذا إيلاء؛ لأنه لم يرد الضرر، وإنما أراد العدل، فأجاز المحاسبة بالماضي. وهو أحسن.

---

(١) في (ت): (لها).

(٢) في (ت): (خرجت).

(٣) في (ب) و(ت) و(ش١): (ويدركه).

(٤) في (ب): (يوم).

(٥) في (ح): (بيومها).

(٦) (ح): (يوفيَهن).

فصل

[في هبة المرأة يومها لضرتها]

هبة المرأة يومها جائز، إلا أن يأبى الزوج؛ لأن له حقّاً في الاستمتاع بها.

وهبتها على ثلاث[1] أوجه: فإن أسقطت يومها ولم تخص به أحداً، عاد القسم أثلاثاً. وإن خصت به واحدة -كان لها، وبقي القسم أرباعاً. **وقد وَهَبَتْ سودةُ يومها لعَائشةَ**[2] فكان لها يومان. وقال بعض أهل العلم: إن وهبته للزوج كان بالخيار، بين أن يسقط حقه فيه[3] ويكون القسم أثلاثاً، أو يخص به واحدة ويكون أرباعاً.

وإن رجعت في هبتها كان ذلك لها، وسواء كانت الهبة مقيدة بوقت أو للأبد؛ لأن ذلك مما يدركها فيه الغيرة، ولا تقدر على الوفاء بها وهبت إلا أن يكون اليوم أو اليومين.

واختلف في بيعها اليوم وشبهه، فقال مالك في كتاب محمد: لا أحب أن تشتري[4] من صاحبتها يوماً ولا شهراً، وأرجو أن يكون في ليلة خفيفاً، قيل له: فإن أرضى إحدى امرأتيه بشيء أعطاها ليومها، ليكون فيه عند الأخرى، فقال: إن الناس ليفعلون ذلك، وغيره أحب إلي، وإن أذنت له أن يطأ الأخرى في يومها فلا بأس[5].

---

(١) في (ح): (ثلاثة).

(٢) أخرجه البخاري: ٢/ ٩١٦، في باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة فإذا كانت سفيهة لم يجز، من كتاب في الهبة وفضلها، برقم (٢٤٥٣)، وأخرجه مسلم: ٢/ ١٠٨٥، في باب جواز هبتها نوبتها لضرتها، من كتاب الرضاع، برقم (١٤٦٣).

(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (أحب أن تشتري) يقابله في (ت): (يجوز أن تبيع).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٤، ٦١٥.

ومحمل قوله في التفرقة بين القليل والكثير: لما كانت لا تقدر على الوفاء فيما طالت مدته.

وليس للأمة أن تسقط حقها في القسم إلا بإذن سيدها، وكذلك العزل؛ لحقه في الولد، إلا أن تكون غير بالغ أو يائسة[(١)]، أو حاملاً فأسقطت حقها مادامت حاملاً، فلا قول لسيدها واستحسن إذا أصابها مرة وأنزل أن لها أن تسقط حقها في القسم ما بينها وبين الطهر.

فصل

[في حق الزوجات في السكنى]

وعلى الزوج أن يُسْكِنَ كل امرأة بيتاً[(٢)]، وأن يأتيهن في بيوتهن، وليس عليهن أن يأتينَه. وقد «**كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَطُوفُ عَلَى نِسَائِهِ**»[(٣)]. ولا يصيب الرجل زوجته ولا أَمَتَهُ ومعه أحد في البيت كبيراً ولا صغيراً، يقظان أو نائماً[(٤)(٥)]. ويختلف في جمع الحرتين في فراش واحد من غير وطء برضاهن، فمنعه مالك في كتاب محمد، وكرهه ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب[(٦)].

---

(١) قوله: (أو يائسة) يقابله في (ت): (أو نفساء)، وفي (ح): (أو يئست).

(٢) في (ب): (بيتها).

(٣) هو ما أخرجه الشيخان من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَدُورُ عَلَى نِسَائِهِ فِي السَّاعَةِ الوَاحِدَةِ مِنَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَهُنَّ إِحْدَى عَشْرَةَ، قَالَ: قُلْتُ لِأَنَسٍ: أَوَكَانَ يُطِيقُهُ؟ قَالَ: كُنَّا نَتَحَدَّثُ أَنَّهُ أُعْطِيَ قُوَّةَ ثَلَاثِينَ». قال سعيد عن قتادة: إنَّ أنساً حدَّثهم تسع نسوة. أخرجه البخاري: ١/ ١٠٤، في باب إذا جامع ثم عاد، ومن دار على نسائِهِ في غسل واحد، من كتاب الغسل، برقم (٢٦٤)، ومسلم في باب الطيب للمحرم عند الإحرام، من كتاب الحج، برقم (١١٩٢).

(٤) في (ب) و(ت) و(ش١): (كبيراً أو صغيراً، يقظان أو نائم).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٢، وعزاه لابن الماجشون من كلام ابن حبيب.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٢.

واختلف في الإماء بالمنع والكراهية والجواز، فمنعه مالك في كتاب محمد مرة[1] وكرهه أخرى. وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: لا بأس به في الأمتين[2] بخلاف الحرتين[3]. ولا فرق بين المسألتين[4]، فيما يتعلق به من حق الله سبحانه، وإنما يفترقان فيما يكون من حقهما، وأن ليس ذلك على الحرتين فإن رضيتا استويتا[5]، وعاد الأمر إلى ما يتعلق من حق الله سبحانه.

فإما أن يجاز ذلك في الحرائر والإماء، أو يمنع، والمنع أصوب؛ لأن ذلك يؤدي مع الانبساط والتمادي إلى ما وراءه من التساهل في الوطء، فيصيب إحداهما بحضرة الأخرى.

تم كتاب النكاح الثاني
والحمد لله حق حمده

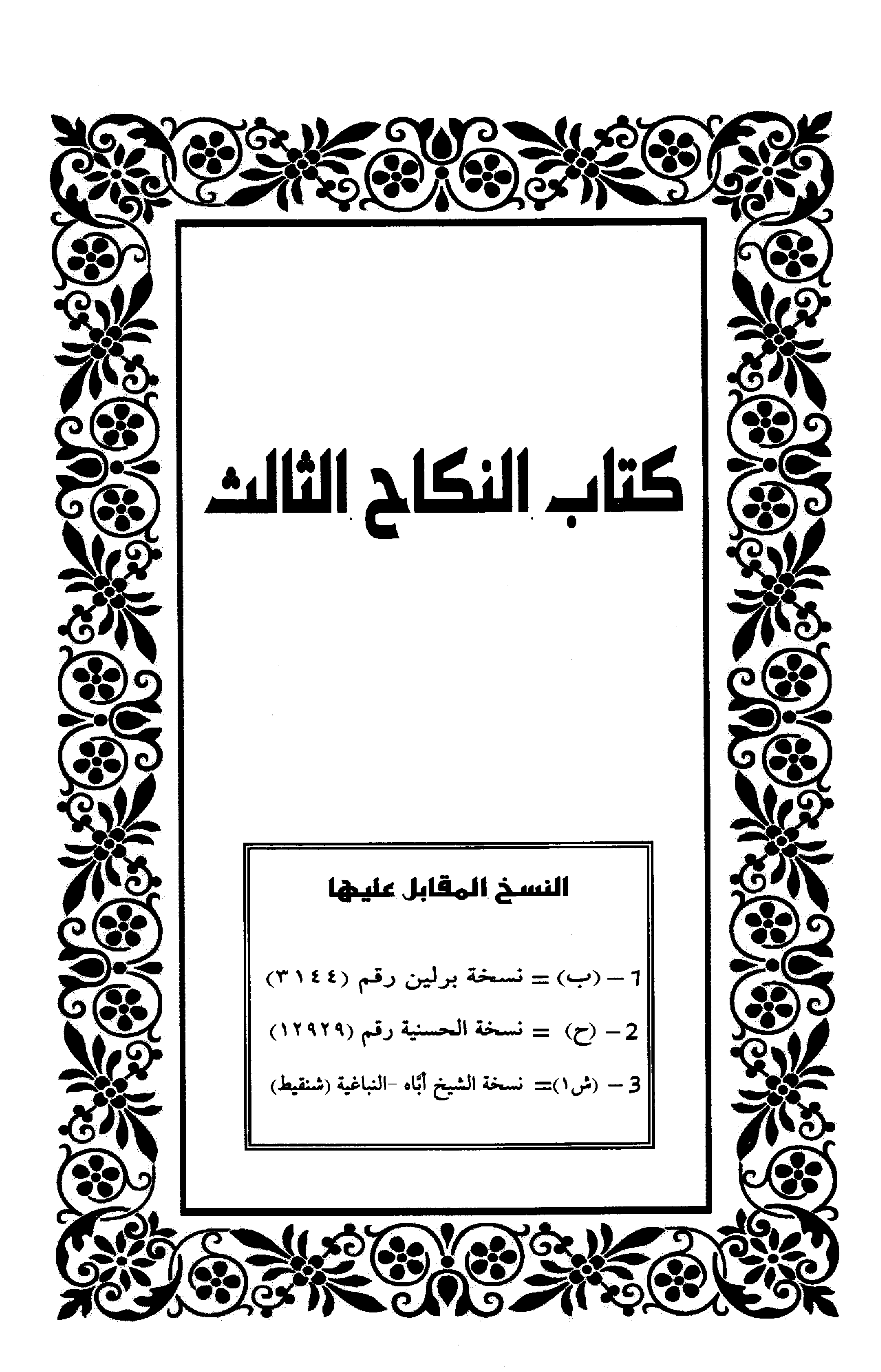
(١) قوله: (مرة) ساقط من (ح).

(٢) قوله: (في الأمتين) ساقط من (ب) و(ح).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٦١٣.

(٤) في (ب): (المسلمتين).

(٥) قوله: (فإن رضيتا استويتا) يقابله في (ح): (فإن رضيا استويا).



كتاب النكاح الثالث

النسخ المقابل عليها

1 - (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 - (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 - (ش١)= نسخة الشيخ أبَّاه -النباغية (شنقيط)





بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على سيدنا محمد[١]

كتاب النكاح الثالث



باب
في نكاح الحرتين أو الحرة والأمة في عقد

نكاح المرأتين في عقد واحد جائز إذا سمى لكل واحدة صداقها[٢].

واختلف إذا لم يسم، فقال ابن القاسم: لا يجوز ذلك، قيل له: فإن طلق، أو مات قبل الدخول، أيقسم المسمى على قدر مهورهما. فقال: لا أرى أن يجوز، إلا أن يكون سمى لكل واحدة صداقها[٣].

وقال ابن دينار وابن نافع[٤] وأصبغ: يجوز، وتفض التسمية على قدر مهورهما.

وهو أحسن؛ لأن القصد في النكاح المكارمة.

وقد اختلف قول ابن القاسم في جمع السلعتين لمالكين في البيع[٥]، وهو في النكاح أخف، فإن سمَّى لكل واحدة صداقها، ولم يكن نكاح/ إحداهما بشرط الآخر -جاز.

(ب) ٢٠١/ب

---

(١) قوله: (بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٩٣.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٩٣.

(٤) قوله: (وابن نافع) ساقط من (ح).

(٥) انظر: المدونة: ٣/ ٢٠٠، ٢٠١.

وإن شرط ألا أتزوج هذه بمائة إلا أن تزوجني الأخرى نفسها بمائة أو بخمسين، فإن كان صداق المثل فيهما على الانفراد مثل ذلك -جاز.

وإن كان مختلفاً وتزوجهما على أنه متى طلق إحداهما قبل الدخول كان لها نصف التسمية -كان فاسداً، وكذلك إن عقدا بيعاً على هذه الصفة.

وإن شرطا أن تفض جميع[١] التسمية عند الطلاق على صداقي المثل- كان النكاح والبيع في الجواز على ما تقدم إذا لم يسم لكل واحدة صداقها، وإن أصدقهما[٢] ستين ديناراً، على أن يكونا فيها[٣] بالسواء، وكان صداق المثل في إحداهما أربعين، وللأخرى[٤] عشرين، ثم طلق التي صداقها[٥] عشرون قبل الدخول- رجع عليها بعشرة، وبقي بيدها عشرون، عشرة منها هبة لصاحبتها، وإن طلق الأخرى أخذ منها خمسة عشر، ومن صاحبتها خمسة[٦]؛ تمام العشرين.

فصل

[نكاح الحرة والأمة في عقد]

وإن تزوج حرة وأمة في عقد -جاز نكاح الحرة[٧]، وينقسم نكاح الأمة على أربعة أقسام:

فتارة يجوز، وتارة يمنع لما يتعلق به من حق لله تعالى، وتارة يمنع لِحَقِّ

---

(١) قوله: (جميع) ساقط من (ح).

(٢) في (ب): (وإن أصدقها).

(٣) في (ش١): (فيهما).

(٤) في (ش١): (وعلى الأخرى).

(٥) في (ش١): (عليها).

(٦) قوله: (ومن صاحبتها خمسة) ساقط من (ح).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ١٩٣.

الزوجة[١]، وتارة يمنع لِحَقِّ الله عز وجل وحق الزوجة.

فإن كانت الحرة عالمة أن التي عقدت معها أمة، والزوج[٢] لا يكتفي بحرة، ولا يجد طولاً لأخرى- جاز نكاح الأمة، إلا ما ذكره محمد عن مالك أن الحرة تكون عند الرجل طولاً يمنعه نكاح الأمة[٣].

وإن كانت الحرة غير[٤] عالمة أنها أمة[٥]، والزوج ممن يكتفي بالحرة أو يجد الطول لأخرى -كان نكاح الأمة فاسداً لحق الله تعالى.

وإن كانت الحرة غير عالمة أنها أمة، والزوج[٦] ممن يجوز له نكاح الأمة للشروط التي تقدمت؛ تعلق بالمسألة حق للزوجة.

وإن كانت غير عالمة، والزوج ممن يكتفي بحرة، أو يجد طولاً لأخرى[٧] - تعلق بالمسألة الحقان جميعاً.

فإن أسقطت الزوجة حقها فُسِخَ لِحَقِّ الله تعالى.

واختلف إذا كان الحق للزوجة خاصة[٨]، هل يكون لها الخيار في نفسها فتقيم[٩] أو تفارق، أو في الأمة؟

---

(١) قوله: (وتارة يمنع لِحَقِّ الزوجة) ساقط من (ش١).

(٢) زاد بعده في (ح) و(س) و(ش١): (مما).

(٣) قوله: (الأمة) ساقط من (ب). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٩.

(٤) قوله: (غير) ساقط من (ح).

(٥) قوله: (أنها أمة) ساقط من (ح).

(٦) قوله: (ممن يكتفي بالحرة أو يجد... غير عالمة أنها أمة، والزوج) ساقط من (ش١).

(٧) في (ش١): (لحرة).

(٨) قوله: (خاصة) ساقط من (ش١).

(٩) في (ش١): (فيسلم).

فذكر ابن القاسم في ذلك قولين[١].

وأرى ألا يكون لها خيار في نفسها، ولا في الأمة، وأن يبتدئ بخيار الزوج، فإن فارق الأمة، سقط خيار الحرة، وإن أحب؛ تمسك بالأمة، وقال للحرة: إن شئت أقمت على ذلك، وإن شئت فارقتك.

وإذا كان نكاح الأمة فاسداً – صح نكاح[٢] الحرة، وهذا هو الصحيح من المذهب.

وإن كان العقد واحداً فهو كعقدين؛ لأن الملك يفترق، فلا يفسخ صحيح هذا لفساد[٣] الآخر.

وقال سحنون: يفسخ جميع العقد. وقال ابن القاسم في الذي تزوج امرأة وابنتها في عقد واحد، والأم ذات زوج، فقال: لا يجوز؛ لأنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً[٤].

وإن كانت الأمة ملكاً للحرة- فسد[٥] جميع العقد على المشهور من المذهب[٦]؛ لأنه يصير[٧] صفقة جمعت حلالاً وحراماً لمالك واحد.

وقيل: يفسخ ما يخصه الفساد[٨] وحده. وقد ذكر ذلك في «كتاب العيوب».

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٧٧.

(٢) قوله: (الأمة فاسداً – صح نكاح) ساقط من (ح).

(٣) قوله: (هذا لفساد) يقابله في (ح): (بهذا الفاسد في ملك).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٩٤.

(٥) في (ب) (فسخ).

(٦) قوله: (من المذهب) ساقط من (ب).

(٧) في (ب): (نظير).

(٨) قوله: (يخصه الفساد) يقابله في (ب): (يخص الواحد).




باب
فيمن يحرم من النساء
إلى الأبد وفي وقت دون وقت

المحرمات من النساء بالقرآن تسع عشرة:

سبع **بالنسب** وهي: الأم، والابنة، والأخت، والعمة، والخالة، وبنت الأخ، وبنت الأخت.

واثنتان بالرضاع، وهما: الأم، والأخت.

وأربع بالصهر: زوجة الأب، وزوجة الابن، وأم الزوجة، والربيبة إذا دخل بأمها.

وواحدة من طريق الجمع، وهي الأخت على الأخت.

وذات الزوج حتى تُطلَّق؛ لقوله الله سبحانه: ﴿**وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ**﴾ [النساء: ٢٤].

والمعتدة لقوله: ﴿**وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ**﴾ [البقرة: ٢٣٥].

والمطلقة ثلاثاً؛ لقوله الله سبحانه: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ**﴾ [البقرة: ٢٣٠].

والخامسة.

والمشركة لقوله: ﴿**وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ**﴾ [البقرة: ٢٢١].

واختلف في **الأَمة المؤمنة**، فقيل: هي[١] مُحَرَّمَةٌ إلا بوجود شرطين؛ حسب ما في سورة النساء. وقيل حلال؛ لعموم آية النور. وقد تقدم ذلك في الكتاب

---

(١) قوله: (هي) ساقط من (ح).

الأول[١].

وجاءت السنة بتحريم اثنتين من طريق الجمع: العمة، وبنت[٢] الأخ، والخالة، وبنت الأخت. فقال ﷺ: «**لاَ يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلاَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا**» أخرجه البخاري ومسلم[٣].

وروي عنه ﷺ أنه نهى أن يجمع بين عمتين، أو بين[٤] خالتين[٥].

وثبت عنه أنه قال: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ**»[٦].

ولا خلاف أن التحريم ليس بمقصور على أعيان هؤلاء الأربع عشرة المسميات في القرآن، وأن المراد ما وقع عليه اسم أبوة أو أمومة[٧] أو بنوة، تحقيقاً أو مجازاً. وأن زوجة الجد للأب[٨] والجد للأم محرمة، وداخلة في قوله سبحانه: ﴿**وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ**﴾ [النساء: ٢٢]. وكذلك ما

---

(١) انظر ذلك في فصل: فيمن عدم الطَّول وخشي العنت. من كتاب النكاح الأول.

(٢) في (ش١): (وابنة).

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٥/ ١٩٦٥، في باب لاتنكح المرأة على عمتها، من كتاب النكاح، برقم (٤٨٢٠)، ومسلم في باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، من كتاب النكاح: ٢/ ١٠٢٨، برقم(١٤٠٨).

(٤) قوله: (بين) ساقط من (ب).

(٥) (ضعيف) أخرجه أبو داود: ١/ ٦٣٠، في باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء، من كتاب النكاح، برقم (٢٠٦٧)

(٦) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٩٣٦، في باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم، من كتاب الشهادات، برقم (٢٥٠٣)، ومسلم ٢/ ١٠٦٨، في باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل، من كتاب الرضاع، برقم (١٤٤٤).

(٧) قوله: (أو أمومة) ساقط من (ش١).

(٨) في (ب): (والأب).

علا من الأجداد للآباء(١)، والأمهات، وأن زوجة ابن الابن، وابن البنت مُحَرَّمَةٌ وإن سفلت البنوة؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ﴾ [النساء: ٢٣]. وأن جداته وجدات(٢) أبيه، وجدات أمه محرمات وإن علون؛ لقوله سبحانه: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ﴾. وأن بنات بنيه، وبنات بناته مُحَرَّمَاتٌ، وإن(٣) سفلن بقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمۡ﴾.

وتحرم عمة الأب(٤) وخالته؛ لأن عمة الأب أخت جده لأبيه(٥)، والجد أبٌ، وأخته عمة، وخالة الأب(٦) أخت جدته لأمه(٧)، والجدة أم، وأختها خالة، وعمة الأم وخالتها؛ لأن عمة الأم أخت جدها لأمها، فجدها أب وأخته عمة، (٨)، وخالة أمها أخت جدته والجدة أم وأختها خالة، وعمة العمة عمة الأب(٩)، وخالة العمة خالة الأب، وخالة الخالة خالة الأم، وعمة الخالة عمة الأم.

وكل هؤلاء داخلات في قوله سبحانه: ﴿وَعَمَّٰتُكُمۡ وَخَٰلَٰتُكُمۡ﴾. وكذلك

---

(١) في (ب): (والآباء).

(٢) في (ب): (وجدته).

(٣) قوله: (علون؛ لقوله سبحانه: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ﴾. وأن بنات بنيه، وبنات بناته مُحَرَّمَاتٌ، وإن) ساقط من (ح).

(٤) قوله: (وتحرم عمة الأب) زيادة من (ش١).

(٥) قوله: (وخالته؛ لأن عمة الأب أخت جده لأبيه) ساقط من (ب)

(٦) في (ش١): (أمها).

(٧) قوله: (لأمه) ساقط من (ش١).

(٨) قوله: (وخالة الأب أخت جدته لأمه، والجدة أم وأختها خالة، وعمة الأم وخالتها؛ لأن عمة الأم أخت جدها لأمها، فجدها أب وأخته عمة،) ساقط من (ب)

(٩) قوله: (وعمة الأم وخالتها؛ لأن عمة... وعمة العمة عمة الأب) ساقط من (ش١).

في[1] قوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ يدخل فيه بنات بني الأخ، وبنات بني الأخت، وبنات بنيهما[2] وإن سفلن، كل هؤلاء يدخلن في البنوة.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ يدخل فيهن جدات زوجته، وجدات[3] أمها من قِبَلِ أبيها وأمها.

(ب) ٢٠٢/أ

ويدخل في قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ﴾ بنت بنت زوجته، / وبنت ابنها[4]، وكل من ينتسب إليها بالبنوة وإن سفلن. وكل أم حرمت من النسب- حرمت أختها، وكل أخت حرمت- لا تحرم أختها، إذا لم تكن أختاً له، فقد يتزوج الرجل المرأة، ولكل واحد منهما ولد ثم يُقَدَّرُ بينهما ولد، فلا بأس أن يزوج ولده من غيرها ابنتها من غيره، وولده منها أخ لهما.

وكل عمة حرمت لا تحرم أختها إذا لم تكن أخت أبيه، ولا أخت جده.

وكل خالة حرمت لا تحرم أختها إذا لم تكن أختاً لأمه[5]، ولا أختاً لجده؛ لأن كل هؤلاء راجع إلى أخت الأخ وأخت الأخت، فلم تحرم أخت العمة إذا لم تكن عمة له؛ لأنها لا تحرم على أبيه؛ لأنها أخت أخته. ولم تحرم أخت الخالة إذا لم تكن خالة؛ لأن أمه لو كانت ذكراً لم تحرم عليه.

وكذلك الجمع بين الأختين، لا بأس أن يجمع بين المرأة وأخت[6] أختها إذا لم تكن أختاً لزوجته.

---

(١) قوله: (في) ساقط من (ش١).

(٢) في (ش١): (بينها).

(٣) قوله: (زوجته، وجدات) ساقط من (ح).

(٤) في (ح): (أبيها).

(٥) في (ش١): (إذا لم تكن أخت أبيه).

(٦) قوله: (أخت) ساقط من (ب).

وقال ابن حبيب: لا يجمع بين المرأة وعمة أبيها، وخالة أبيها، أو خالة أمها[١] ولا بين المرأة وخالة خالتها. وأما عمة خالتها فإن كانت الخالة أخت أمها لأبيها فعمتها عمة أمها؛ فلا يجوز[٢]، وإن كانت أختاً لأمها[٣] جاز لأنها أجنبية. وخالة عمتها إن كانت أم العمة أم الأب كالخالة، فلا يجوز وإن كانت أمها غير أم الأب جاز وهي أجنبية[٤][٥].

وقد عقد مالك رحمه الله هذا المعنى، فقال: كل امرأتين بينهما نسب لو كان أحدهما[٦] رجلاً، لم يجز له[٧] أن يتزوج الأخرى، فلا يجمع بينهما وإن جاز أن يتزوجها[٨] جاز الجمع.

ولا بأس[٩] أن يجمع[١٠] بين المرأة وربيبتها[١١]، وقد تزوج عبد الله بن

---

(١) قوله: (أو خالة أمها) زيادة من (ب).

(٢) في (ش١): (فتحرم).

(٣) في (ش١): (وإن كانت أختها).

(٤) قوله: (وخالة... جاز وهي أجنبية) ساقط من (ش١).

(٥) قوله: (وأما عمة خالتها... وهي أجنبية) يقابله في (ت): (فأما خالة عمتها، فإن كانت العمة أخت أبيها لأمه أو لأبيه وأمه، فهذا حرام. وإن كانت العمة أخت أبيها لأبيه فخالتها أجنبية من هذه الصبية. وأما عمة خالتها، فإن كانت الخالة أختاً- أمها لأبيها، فعمتها عمة أمها، فهي تحرم، وإن كانت خالتها أخت أمها لأبيها دون أمها فذلك جائز، لأنها أجنبية). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٦.

(٦) في (ش١): (لو كانت إحداهما).

(٧) قوله: (له) ساقط من (ش١).

(٨) في (ش١): (يتزوجا).

(٩) قوله: (الجمع، ولا بأس) ساقط من (ش١).

(١٠) قوله: (أن يجمع) ساقط من (ح).

(١١) انظر: المدونة: ٤/ ٥١٥.

جعفر زوجة علي وابنته[1] من غيرها[2].

وقيل في العمتين: هو أن تكون كل واحدة عمة الأخرى، وذلك أن يتزوج الرجلان كل واحد أم الآخر، فيولد لهما ابنتان؛ فابنة كل واحد عمة الأخرى.

والخالتان: أن يتزوج كل واحد ابنة الآخر فيولد لهما ابنتان[3]؛ فابنة كل واحد خالة الأخرى.

فصل

[في تحريم المصاهرة بالعقد دون الدخول]

وتُحَرِّمُ بالمصاهرة بالعقد دون الدخول: زوجة الابن وزوجة الأب:

فزوجة الابن لقوله سبحانه: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ﴾ فهي بالعقد تسمى حليلة.

وزوجة الأب لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ فلا خلاف أن المراد بذلك العقد؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] فسمى العقد نكاحاً، وإن كان النكاح يقع على الدخول فقد انعقد الإجماع[4] في زوجة الأب[5] أن المراد العقد، ولا تحرم الربيبة إلا بالدخول بالأم؛ لقول الله عز وجل: ﴿فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ

---

(١) في (ح): (وربيبتها).

(٢) أخرجه البخاري معلقاً: ٥/ ١٩٦٢، باب ما يحل من النساء وما يحرم، من كتاب النكاح.

(٣) قوله: (فيولد لهما ابنتان) ساقط من (ش١).

(٤) في (ب): (النكاح).

(٥) زاد بعده في (ش١): (على).

دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

واختلف في تحريم الأم بالعقد على الربيبة من غير دخول، فأجمع مالك وغيره من فقهاء الأمصار أن العقد يحرم، وبه قال فيمن تقدم.

وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وابن الزبير أنها[١] لا تحرم إلا بالدخول.

وقال زيد بن ثابت: إن طلق قبل أن يدخل، حلت، وإن ماتت لم تحل أمها.

فصل

[العقد الصحيح والمحرم وما يلزم على كليهما]

العقد يحرِّم إذا كان صحيحاً، فإن كان حراماً مجمعاً على تحريمه- لم يحرِّم، وهذا هو الصحيح من المذهب. ووقع في بعض المسائل في هذا الأصل اختلاف.

ويختلف إذا كان مختلفاً في فساده، فالمشهور أن التحريم يقع.

قال الشيخ: [٢] وأرى أن يكون ذلك مبنيّاً على ذلك الاختلاف، فمن قال بصحته؛ أوقع به الحرمة. ومن قال بفساده، ولم يوقع به طلاقاً ولا ميراثاً؛ لم تكن له حرمة، إلا أن يكون ذلك على وجه الحماية والاحتياط. وهذا عقد هذا الباب.

فإن تزوج رجل امرأة نكاحاً صحيحاً، ثم طلقها قبل الدخول- لم تحل له أمها.

وإن تزوج ابنتها والأم في عصمته- فُرِّقَ بينه وبين الابنة بغير طلاق، ولم يفسد نكاح الأم بعقد البنت؛ لأنه مجمع على فساده، إلا أن يدخل.

واختلف إذا جمعها في عقد وفسخ قبل الدخول، فقال ابن القاسم: يتزوج أيتهما أحب. وقال غيره: لا يتزوج الأم؛ للشبهة التي[٣] في البنت.

---

(١) في (ش١): (أنهما قالا).

(٢) قوله: (قال الشيخ) زيادة من (ح.س).

(٣) قوله: (التي) ساقط من (ح).

والأول أحسن، ولو حرمت الأم إذا تزوجها[١] معاً؛ لحرمت إذا عقد نكاحها قبل، ثم تزوج ابنتها عليها؛ لأن كلاهما عليه[٢] حرام بإجماع.

وكذلك التي في "الكتاب الأول" في الذي تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى تزوج ابنتها. فقول مالك وابن القاسم في ذلك: أن الابنة لا تحرم على ابنه ولا على أبيه[٣].

وقال غيرهما[٤]: لا يجوز لابنه أن يتزوجها لشبهة عقد أبيه، فمنع أن يبتدئ ابنه نكاحها[٥].

وقال في أول الجواب: لا يجوز، وفي آخره: يمنع أن يبتدئه[٦]. وهذا الموضع الذي يعول عليه من قوله أنَّه لا يبتدئه[٧]. فإن نزل مضى، ولو فسخ نكاح الأب أو الابن لها[٨]؛ لحرمت[٩] الأم التي تحته عليه؛ لأن عقد الابنة يحرم الأم.

وقال ابن القاسم: إن تزوج الأم والبنت في عقد واحد، والأم ذات زوج، فسخ الجميع، لأنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً[١٠].

---

(١) في (ش١): (تزوجا).

(٢) قوله: (عليه) ساقط من (ح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٩٤.

(٤) في (ب): (وقال المغيرة).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٢٣.

(٦) في (ب): (يبتدئ به).

(٧) في (ب): (يبتدئ به).

(٨) قوله: (لها) ساقط من (ح).

(٩) في (ح) و(ش١): (لحرمة).

(١٠) انظر: المدونة: ٢/ ١٩٤.

والقول: إن نكاح البنت ثابت أحسن؛ لأنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً لمالكين، فلا يؤثر حرامٌ في ملك آخر. وقد تقدم ذلك في نكاح الحرة والأمة في عقد.

فصل

[في اختلاف التحريم بالعقد والوطء]

وما كانت الحرمة تقع فيه بالوطء، ولا يحرم بالعقد؛ فإنه(١) يحرم إذا كان النكاح صحيحاً والوطء جائز، ويحرم إذا كان النكاح صحيحاً والوطء(٢) فاسد إذا أصابها وهي(٣) حائض أو معتكفة أو محرمة أو صائمة في رمضان، أو كان الزوج محرماً أو معتكفاً أو صائماً في رمضان، وكذلك إذا كان العقد فاسداً، والوطء مما يلحق فيه النسب مثل أن يتزوج بولاية الإسلام أو باشرت العقد من غير ولي(٤)، فكل هذا تقع به الحرمة على الأب والابن، ويحرم(٥) على ذلك الزوج ابنة تلك الزوجة؛ لأن دخوله بالأم كالصحيح، إما لأنه لا يفسخ، أو / لأنه يلحق فيه النسب وإن فسخ.

(ب) ٢٠٢/ب

وإن تزوج البنت فلم يدخل(٦) بها حتى تزوج الأم ودخل بها، فإن لم يعلم

---

(١) في (ب): (لم) وأشار لما هو مثبت.

(٢) قوله: (جائز، ويحرم إذا كان النكاح صحيحاً والوطء) ساقط من (ش١).

(٣) في (ب): (أصابها لا وهي).

(٤) قوله: (أو باشرت العقد من غير ولي) ساقط من (ش١).

(٥) في (ش١): (على الأب والأم، وتحرم).

(٦) في (ب): (يبن).

أنها أم زوجته أو علم، وجهل التحريم -فسخ نكاحها، وحرمت للأبد. وإن علم الوجهين جميعاً كان زنىً.

وقد اختُلف في وقوع الحرمة بالزنا: فقال مالك في "الموطأ" فيمن زنا بامرأة: له أن ينكح ابنتها، وينكحها ابنه إن شاء. قال: وإنما يحرم ما أصيب بالحلال، أو على وجه الحلال[1].

وقال في "المدونة": يكره ذلك[2]. وقال في "كتاب ابن حبيب": يحرم. قال: ورجع مالك عما في "الموطأ"، وأفتى دهره حتى مات أنه يحرم.

فعلى القول الأول إن زنى بامرأة- لم تحرم على ابنه، ولا على أبيه وإن زنى بها وهي زوجة لابنه[3] -جاز أن تبقى في عصمته، ويجوز له هو أن يتزوج أمها أو ابنتها.

وإن زنا بها وأمها، وابنتها في عصمته[4]- جاز له أن يتمادى على الزوجية.

وعلى قوله في "المدونة" يُكرهُ جميع ذلك من غير تحريم، وإن هو تزوج ثم فارق قبل الدخول أو فارق مَنْ كانت تحته بوجه صحيحٍ- كان عليه نصف الصداق. وعلى القول الثالث- يجبر على الفراق، ولا شيء عليه من الصداق إذا كان الزنا قبل النكاح.

---

(١) انظر: الموطأ: ٢/ ٥٣٤.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٩٦، ١٩٧.

(٣) في (ب): (لأبيه).

(٤) قوله: (ويجوز له هو أن يتزوج أمها ... عصمته) ساقط من (ح).

فإن تقدم النكاح[١] ثم وطئها الابن أو الأب- سقط الصداق، وإن وطئ هو ابنة زوجته أو أمها- كان الصداق مختلفاً فيه؛ لأن الفراق من سببه، بخلاف أن يكون ذلك من سبب غيره. فرأى مالك مرة أن التحريم مُعَلَّلٌ أَلَّا يختبر الرجل وابنه المرأة الواحدة، ولا الرجل الواحد المرأة وابنتها، ذلك يستوي فيه الحلال والحرام.

ورأى مرة أنه شرع غَيْرَ مُعَلَّلٍ؛ للاتفاق أن زوجة الابن والأب تحرم بالعقد، فلو كانت العلة اختبارهما للفرج الواحد- لم يقع التحريم إلا بالدخول، وكذلك الرجل الواحد تحرم عليه المرأة بعقده على ابنتها، ولا تحرم ابنتها بالعقد على الأم[٢]، ولا تحرم إلا بالدخول، فرأى[٣] بهذا أنه شرع، وأشكل عنده الأمر مرة[٤] فلم يوقع تحريمها؛ لإمكان أن يكون شرعاً، ولا أباح؛ لإمكان أن يكون معللاً.

واختلف في الرجل يريد زوجته في الظلام[٥] فتقع يده على ابنته فيلتذ بها أو يصيبها، فَذُكِرَ عن الشيخ أبي الحسن والشيخ أبي بكر أنهما قالا: إن زوجته[٦] -وهي أمها- تحرم عليه، وأنها نزلت بالشيخ أبي محمد بن التبان، ففارق زوجته.

وذكر عن الشيخ أبي محمد بن أبي زيد أنه اختلف قوله فيها. وعن الشيخ

---

(١) قوله: (فإن تقدم النكاح) ساقط من (ح).

(٢) في (ب) و(ح) و(س): (للأم).

(٣) في (ح) و(ش١): (فبان).

(٤) قوله: (عنده الأمر مرة) يقابله في (ب): (الأمر).

(٥) قوله: (في الظلام) زيادة من (ب).

(٦) قوله: (أنهما قالا أن زوجته) ساقط من (ب).

أبي عمران أنه قال: لا نعلم خلافاً فيمن وطء بوجه شبهة أنها تحرم، إلا بما روى يحيى عن سحنون فيمن مد يده[١] إلى زوجته في الليل، فوقعت يده[٢] على ابنته، فوطئها غلطاً: أنها لا تحرم زوجته عليه.

وروى نحو ذلك يزيد بن بشر عن الليث قال: وكان بعض أهل العلم يَقفُون عن إطلاق تحليل أو تحريم، فأما من حَرَّمَ الأم[٣] به فإنه أجرى الابنة على حكم الربيبة.

ومن لم يحرِّم يقول: لأنها ابنته لا ربيبته، وإنها ورد تحريم إحداهما بالأخرى إذا كانت ممن يصح للواطئ انعقاد النكاح فيهما[٤]؛ الربيبة والأم، وهذه ابنته لا يصح فيها انعقاد نكاح بحال، والتحريم في ذلك غير معلل. وعلى هذا لو غلط بجدته لأمه وعنده ابنة خالته -فتحرم زوجته على القول الأول؛ لأنها عنده من أمهات نسائه، ولا تحرم[٥] على القول الآخر؛ لأن الجدة لا يقع عليها أنها من نسائه بحال، ولم تكن ممن ينعقد له[٦] فيها نكاح، فإذا أصابها بوجه شبهة لم يقع على ابنتها -وهي الخالة- اسم ربيبة، فأحرى ألا يقع ذلك على ابنتها، وهي زوجته، ولو أصاب خالته[٧] بوجه شبهة؛ لم

(١) في (ح) و(س) و(ب): (يريد).

(٢) قوله: (يده) زيادة من (ب).

(٣) قوله: (الأم) ساقط من (ب).

(٤) في (ش١): (فيها).

(٥) قوله: (على القول الأول؛ لأنها عنده من أمهات نسائه، ولا تحرم) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (له) زيادة من (ش١).

(٧) في (ب) و(ش١): (خالتها).

تحرم على أبيه؛ لأنها لم تكن ممن ينعقد له[١] فيها نكاح[٢]؛ فلم تدخل في قوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ﴾.

وقد اختلف قول مالك في هذا الأصل، فقال مرة فيمن زنا بأم[٣] زوجته، أو بزوجة ابنه، أو أبيه، يقع بها التحريم، فرأى أنه شرع معلل وأن العلة الاختبار لهما، أو منهما لامرأة[٤] ولم يوقع التحريم مرة. ورأى أنه غير معلل[٥].

---

(١) قوله: (له) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (فإذا أصابها بوجه شبهة لم يقع... فيها نكاح) ساقط من (ش١).

(٣) في (ش١): (بابنة).

(٤) قوله: (لامرأة) ساقط من (ب).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٩٧.




باب


في التحريم بملك اليمين

ومن ملك أَمةً؛ لم تحرم عليه أمها، ولا تحرم هي على أبيه، ولا على ابنه بمجرد الملك دون المسيس، بخلاف عقد النكاح، فإن أصاب؛ وقع التحريم. وكذلك إن قَبَّلَ أو باشر أو لامس أو تلذذ بالنظر؛ فإنها تحرم على آبائه وأبنائه، وتحرم عليه أمها.

وإذا كان التحريم فيها يقع بعقد النكاح؛ كان التحريم في ملك اليمين بما ذكرنا أبين، وتحريم الابنة بذلك أبين؛ لأنها تحرم بالعقد، وليس كالأم؛ لأن الله عز وجل شرط في التحريم بالأم الدخول، والدخول صفة جرت العادة بها.

واختلف إذا وطئ الصغير بملك اليمين أو قبل أو باشر، فقال مالك في "كتاب محمد": إن قبل، أو باشر؛ لم تحرم، إذا كان صغيراً. وقال ابن حبيب: تحرم إذا بلغ أن يلتذ بالجواري[1]. وقال مالك[2] في"كتاب محمد" في الجارية تقوم على سيدها في مرضه، وتمس ذكره بيدها، أو مرضت هي فقام عليها، واطلع على ذلك منها، فلا يحرمها ذلك على ابنه، ولا على أبيه، إذا لم يكن على وجه اللذة.

ولا تخلو الأمة في ملك اليمين من أربعة أوجه:

إما أن يعلم الملك ويعترف المالك بالوطء، أو يعرف الملك وينكر

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٠٧.

(٢) قوله: (مالك) ساقط من (ح).

المالك[١] الوطء، أو لا يقر ولا ينكر، أو لا يعلم بالملك[٢] ويدَّعِي الأب أو الابن أنه مَلَكَ أو أصاب.

فإن علم الملك، واعترف بالإصابة؛ حرمت على الثاني، وسواء اعترف بالوطء وهي في ملكه، أو بعد أن باع.

وإن أنكر الإصابة لم تحرم على الثاني.

وإن لم يقر، ولا أنكر حتى مات، وصارت إلى الابن، أو الأب- لم تحل. وهذا قول ابن حبيب، وحَمَلَهُ على الإصابة. وهذا يحسن في العلي، وإن كانت من الوخش[٣] نُدِبَ إلى ألا يصيب، ولم تحرم.

وكذلك إن باعها ثم غاب قبل أن يسأل- فإنها تحرم إن كانت من العليِّ.

وإن لم يعلم الملك، فلما ملكها الابن، قال الأب: قد كنت ملكتها وأصبتها/ ، فإن كان ممن يوثق به، ولا تهمة قِبَلَهُ فيما بينه وبين ابنه -منع الابن منها.

(ب) ٢٠٣/

وإن كان ممن لا يوثق بقوله، أو علم أنه قصد بقول ذلك وجهاً -لم يحَل بين الابن وبينها، ويدخل مثل ذلك في النكاح.

فإن تزوج الابن امرأة فقال له أبوه: كنت تزوجتها، ولم يُعْلَمْ ذلك إلا من قوله الآن، فإن فارقها الابن -لزمه نصف الصداق، وتحلف الزوجة إن كان الأب ثقة، وإلا لم تحلف.

---

(١) قوله: (المالك) زيادة من (ب).

(٢) قوله: (يعلم بالملك) يقابله في (ح): (يقر الملك).

(٣) الوَخْشُ: رذالةُ الناس وصغارهم. انظر: لسان العرب: ٦/ ٣٧١.

وإن شهد شاهد عدل مع الأب وهو عدل أيضاً- حُكِمَ بالفراق. وفي الصداق نظرٌ؛ فيصح[1] أن يقال: لا يسقط؛ لأنها شهادة للابن بسقوط الصداق عنه، فيمضي في التحريم، ويرد في الصداق، ويحلف الابن مع شهادة الأجنبي، ويصح أن يقال: يمضي في الوجهين جميعاً، ولا ينتقض الحكم؛ لأنها شهادة لله تعالى، وشهادة الأجنبي العدل معه تُضْعِفُ التهمة.

فصل

[في اجتماع أم وابنتها عند رجل]

إن اجتمع عند[2] رجل أم وابنتها؛ إحداهما بنكاح، وأخرى بملك يمين- جاز أن يصيب التي بنكاح؛ الأمَّ كانت أو الابنةَ، وتستقر الأخرى على الملك من غير وطء.

وإن وطئها انفسخ النكاح في الأخرى، كانت التي بنكاح الأم أو الابنة، فإن كانت التي أصاب بملكٍ الابنةَ، ولم يدخل بالأم- جاز له أن يصيب الابنة بغير استبراء؛ لأنه بوضع اليد عليها على وجه اللذة انفسخ نكاح الأم، فإن وقف حينئذٍ لجاز له بعد ذلك أن يصيبها، وإذا[3] جاز له أن يصيبها[4]- جاز له التمادي؛ لأنها صارت حلالاً قبل الوطء، وليس كذلك لو كانا نكاحين[5]؛ لأنه وإن كان نكاح الأم ينفسخ بوضع اليد على البنت، فإن التمادي غير جائز؛

---

(١) قوله: (فيصح) ساقط من (ب).

(٢) في (ش١): (مع).

(٣) قوله: (وإذا) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (جاز له أن يصيبها) ساقط من (ح) و(س).

(٥) في (ب) و(ح): (لو كان نكاحان).

لأن النكاح في الابنة غير منعقد.

فإن كانت الثانية الأم، حَرُمَتَا جميعاً؛ لأن عقد البنت حرم الأم، وإصابة الأم حرمت البنت، إلا أن تتقدم إصابة الأم بالملك فلا تحرم؛ لأن عقد البنت فاسد.

وإذا حرمت الأم ولم تحمل- بيعت عليه؛ خوف أن يعاود مثل ذلك، إلا أن يكون ذلك منه على وجه الجهل؛ فلا تباع، وإن حملت أعتقت.




باب
في الجمع بين الأختين

ولا يجوز أن يجمع بين الأختين بنكاح، ولا بملك يمين، ولا أن تكون إحداهما بنكاح، والأخرى بملك يمين.

فإذا تزوج أختين في عقدين- فسخ نكاح الأخيرة، وثبت نكاح الأولى، وسواء دخل بالثانية أو لم يدخل، بخلاف الأم والبنت؛ فإنَّ دخوله بالأخيرة[١] يفسد عقد الأولى؛ كانت الأخيرة الأم أو البنت.

وإن لم يُعلَمِ الأولى من الأختين- فسخ[٢] النكاحان جميعاً. قال مالك في "كتاب محمد": ولكل واحدة نصف صداقها[٣].

وقال ابن حبيب: فإن مات عنهما، كان لكل واحدة نصف صداقها، والميراث[٤].

وهذا إذا قال الزوج: لا علم عندي، وقالت كل واحدة: أنا الأولى، فاختلف في هذا الأصل، فقيل: لكل واحدة صداقها؛ لأنه لا يدعي كذبها، فإن قِيمَ عليه في الحياة- أعطى كل واحدة نصف صداقها[٥]، وإن قال: لا علم عندي، ثم لم يطلق حتى مات- كان لكل واحدة جميع المسمى، والميراث بينهما.

---

(١) قوله: (بالأخيرة) ساقط من (ح).

(٢) في (ب): (فسد).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١١.

(٥) قوله: (لأنه لا يدعي كذبها... نصف صداقها) ساقط من (ب).

وقيل: عليه نصفٌ واحدٌ في الحياة، وفي الموت صداق واحد كامل[١] يقتسمانه، وتحلف كل واحدة لصاحبتها أنها الأولى، فإن حلفت إحداهما، ونكلت الأخرى- كان الصداق لمن حلف منهما.

وهو أقيس في هذه، وفي مسألة الوديعة- إذا أودع رجل مائة، فادعاها رجلان، ولم يعلم لمن هي منهما.

فالمسألة على سبعة أوجه:

فإما أن يقول الزوج: لا علم عندي، وتدعي كل واحدة العلم بأنها الأولى، ولا علم عند جميعهم أيهما الأولى.

أو تدعي[٢] واحدة أنها الأولى، وتقول الأخرى: لا علم عندي.

أو يدعي الزوج العلم دونهما، وتقول كل واحدة: لا علم عندي.

أو تخالفه كل واحدة منهما وتقول[٣]: بل أنا الأولى، أو تخالفه[٤] إحداهما، وتقول الأخرى: لا علم عندي.

أو لا[٥] يكون عند جميعهم علم.

وقد تقدم الجواب إذا قال الزوج: لا علم عندي، وادعت كل واحدة منهما أنها الأولى.

وإن ادعت إحداهما العلم، وقالت الأخرى: لا علم عندي- حلفت التي

---

(١) قوله: (كامل) ساقط من (ب).

(٢) زاد في (ب) و(ح): (كل).

(٣) قوله: (وتقول) زيادة من (ش١).

(٤) في (ح) و(ش١): (وتخالفها).

(٥) قوله: (لا) ساقط من (ب).

ادعت العلم واستحقت النصف، ولا شيء للأخرى، فإن نكلت اقتسماه.

وإن ادَّعى الزوج وحده العلم- غرم للتي اعترف لها نصف[١] صداقها، وأحلف للأخرى وبرئ، فإن نكل؛ غرم لها نصف صداقها.

وإن ادَّعى جميعهم العلم-الزوج والأختان- كان الجواب كالتي قبلها؛ تأخذ التي أقر لها بغير يمين، ويحلف الزوج للأخرى ويبرأ، فإن نكل حلفت التي أنكرها واستحقت، وإنما تخالف هذه التي قبلها في رد اليمين.

فإن ادَّعى الزوج الجهل بالأولى- فسخ النكاحان جميعاً، ولا ينظر إلى ما عند الأختين من علم أو جهل.

ويختلف إذا ادعى الزوج[٢] المعرفة، وقال هذه الأولى؛ فقال محمد: يصدق، ويفارق التي قال: إنها الآخرة[٣].

وعلى أصل المدونة: لا يصدق، ويفسخ النكاحان جميعاً، كالمرأة يتزوجها رجلان، ولا يعلم الأول، وتقول المرأة هذا الأول.

وأرى أن يُصدَّقَ أن هذه الأولى؛ لأن المنع يبيحها للآخر بالشك، فكان بقاؤها مع من يدعي التحقيق أنها الأولى أحسن، إلا أن يكون دليل تهمة، مثل أن يَدَّعِي ذات الجمال واليسار، فيتهم في تقدمتها؛ لأن الغالب إذا تقدم نكاح الموسرة الجميلة لا يتزوج[٤] الأخرى إلا بسبب.

وإن شهدت البينة عليه بالنكاحين أقر بإحداهما وكذب الأخرى- يفسخ

(١) قوله: (نصف) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (الزوج) زيادة من (ش١).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٢.

(٤) في (ب) و(ح): (تتزوج).

النكاحان، بخلاف التي قبل؛ لأنه إذا أقر بالنكاحين وادَّعى المعرفة بإحداهما- صُدِّقَ؛ لأنه لا بد أن يكون إحداهما دون الأخرى، بخلاف أن ينكر؛ لأن التي أنكرها يمكن أن تكون هي الأولى.

فصل

[في الجمع بين الأختين بملك اليمين]

ولا بأس أن يجمع بين الأختين في ملك اليمين من غير وطء، وأن يطأ إحداهما، والأخرى في ملكه، ويؤتمن على ألا يصيب الأخرى، فإن وطئ إحداهما لم يطأ الثانية، إلا أن يحرم الأولى.

فإن فعل فوطئ قبل أن يحرم الأولى؛ وُقِفَ عنهما حتى يحرّم إحداهما، فإن حرم الثانية؛ بقي على وطء الأولى، وإن حرم الأولى؛ لم يصب الثانية/ إلا أن يستبرئها، وإن عاود الأولى قبل أن يحرم الثانية؛ وقف عنهما، وأيتهما حرم[1]؛ لم يصب الباقية إلا بعد الاستبراء.

(ب) ٢٠٣/ب

والتحليل يكون من وجوهٍ بالبيع الصحيح، والخروج من الاستبراء، ولا يصيب التي لم يبع قبل استبراء المبيعة؛ لإمكان أن تكون حاملاً فينقض فيها البيع، وتكون أم ولد.

وتحرم بالبيع الفاسد إذا خرجت من الاستبراء ثم فاتت بعد ذلك بحوالة الأسواق فما فوق؛ فإن لم تخرج من الاستبراء أو خرجت ولم تفت؛ لم تحرم.

وقال في البيع الصحيح إذا كان بها عيب: هو تحريم[2]. قال: لأن رد البيع

(١) قوله: (حرم) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٩٩.

ليس إلى المشتري إن شاء تمسك به[١]. وفي "كتاب محمد": ليس بتحريم[٢].

ثم قال ابن القاسم: وإن باعها، أو وهبها لولده الصغير، أو ليتيمه، أو لعبده، فليس بتحريم، لأن له أن يملك وطأها متى أراد[٣]. وهذا حماية، ولا شيء عليه فيما بينه وبين الله تعالى، لأن الملك الآن لغيره، فلم يجمع بينهما ملك.

قال: وإن ظاهر منها لم يكن تحريماً، لأن تحليل ذلك بالكفارة إليه[٤].

ويختلف إذا قال: إن أصبتها فهي حرة؛ قال ابن الماجشون: ليس بتحريم[٥]. لأن أول[٦] إصابته إياها حلال[٧]، وهو الذي يوجب عليه الحنث. وعلى القول أنها حرمت عليه، يكون قوله ذلك تحريماً يبيح أختها.

قال: ولو أصابها في عدة من طلاق؛ كان تحريماً؛ لأنها حرمت عليه للأبد، قال: وإن أخدمها رجلاً شهراً، أو سنة، أو نحوها، لم يكن تحريماً. وما طال من السنين، أو كان عمر المخدم فهو تحريم[٨].

وليس الإباق تحريماً إلا أن ييأس منها. والعتق إلى أجل تحريم وإن لم تستبرأ؛ لأنها إن ظهر بها حمل عجل عتقها ولم تحل له الآن ولا بعد. وعتق

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٨٠.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٣.

(٣) قوله: (متى أراد) ساقط من (ش١). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٧٩.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٧٩.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٣.

(٦) قوله: (أول) ساقط من (ب).

(٧) في (ح): (تحليل).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٤.

بعضها تحريم وإن لم تستبرأ، وليس الكتابة تحريماً لأنه إن ظهر بها حمل وعجزت نفسها كانت له حلالاً.

وقال ابن القاسم فيمن كانت عنده أختان، فأصابهما ثم باع إحداهما، ثم اشتراها قبل أن يطأ الباقية عنده: له أن يطأ[1] أيهما أحب[2].

وهذا يحسن إذا فعل ذلك وكان وطؤه إياهما جهلاً، وأما إن فعل ذلك وهو عالم؛ لم يجز له أن يصيب واحدة منهما حتى يخرج الأخرى من ملكه؛ لأنه يتهم أن يعود إلى فعل[3] ذلك.

وقد قال ابن القاسم في "كتاب المدنيين" فيمن وطئ أخته من الرضاعة بملك اليمين: تباع عليه إذا كان عامداً[4]، وإن كان جاهلاً يظن أن ذلك يجوز له، ولا يُتَّهم لمكان حاله أن يعود لمثل ذلك؛ لم تبع عليه.

وإن كانت إحدى الأختين زوجة، وهي حرة أو أمة؛ لم يصب أختها إلا أن تحرم الزوجة بطلاق بائن أو رجعي، وتنقضي العدة، ولا يقع التحريم بالظهار.

ويختلف إذا قال: إن وطئتها فهي طالق. وإن كانت عنده أخت بملك اليمين لم يتزوج أختها حتى يحرم الأخرى. واختلف إذا فعل وتزوج.

فقال ابن القاسم مرة: النكاح جائز وهو بالخيار[5].

---

(١) قوله: (الباقية عنده: له أن يطأ) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٠٠.

(٣) في (ش١): (مثل).

(٤) في (ب): (عالماً).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥١٤، وما وقفت عليه: (وقد قال ابن القاسم: لا يجوز نكاحها، إذ لا يقع نكاح فيمن لا يحل له الاستمتاع بها بعقد نكاحها، وهذه لا يقربها حتى




باب
في الإحلال، وبماذا يصح

الإحلال على ثلاثة أوجه: فيصح إذا كان المُحل بالغاً[(١)] عاقلاً مسلماً، وتزوّج تزويجاً صحيحاً، تزويج رغبة، ليس ليحلها، وهو غير عاجز عن الإصابة، وأصاب إصابة صحيحة؛ ليس بحائض، ولا أحدهما مجبور[(٢)]، ولا محرم ولا صائم ولا معتكف[(٣)]، وليست بمجنونة ولا نائمة فهذه جملة متفق عليها.

وإن كان غير بالغ، ولا شارفَ البلوغَ، أو حصوراً، أو ممسوحاً، أو بقي له من ذكره[(٤)] ما لا يتوصل به إلى الإصابة، أو يصل على نقص لا يبلغ إلى[(٥)] ما دون الختان من الصحيح، أو عنيناً، أو شيخاً فانياً عاجزاً، أو أصيبت وهي نائمة، أو كان النكاح فاسداً لا يقر بعد الدخول؛ لأنها باشرت العقد بغير ولي، أو غير ذلك من وجوه الفساد -لم تحل.

واختلف في إحلال من شارف البلوغ، والمجنون، والنصراني إذا كانت الزوجة نصرانية، والعبد إذا تزوج بغير إذن سيده وأصاب قبل الإجازة ثم طلق بعد الإجازة وقبل المعاودة، والمرأة يزوجها غير ولي ويبني بها ثم يجيز

=

تحرم الأولى، ولكن إن نكحها فلا أفسخه، وأوقفه عنها حتى يحرم من شاء منهما).

(١) قوله: (بالغاً) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (ولا أحدهما مجبور) ساقط من (ش١). وقوله: (مجبور) ساقط من (ب).

(٣) في (ش١): (ولا محرمة ولا صائمة ولا معتكفة).

(٤) قوله: (له من ذكره) زيادة من (ب).

(٥) في (ح): (إلا).

الولي ثم يطلق الزوج بعد الإجازة وقبل المعاودة[١] أو يطلق قبل نظر الولي في ذلك، وإذا أصابها المُحل وهو غير منتشر[٢]، أو كان العقد صحيحاً والإصابة فاسدة؛ في حال الحيض والإحرام والصوم والاعتكاف، وإذا ادعت الإصابة[٣] وأنكر الزوج، وإذا ارتد المحل بعد البناء.

واختلف في المجنون والمجنونة على ثلاثة أقوال:

فذهب ابن القاسم أن المراعى الزوجة، فإن كانت عاقلة؛ حلت وإن أصابها في حال جنونه، وإن أصيبت في حال جنونها؛ لم تحل وإن كان عاقلاً[٤].

وذهب أشهب إلى أن المراعى الزوج، فإن كان عاقلاً؛ أحلها وإن كان أصابها في حال جنونها،

وإن كان مجنوناً؛ لم يحلها وإن كانت عاقلة[٥].

وقال عبد الملك: إذا صح العقد كان إحلالاً وإن كانا في حالة الإصابة مجنونين، أو أحدهما[٦].

ولا أرى أن يحلها إلا أن يكونا عاقلين؛ لقول النبي ﷺ لزوجة رفاعة وقد أرادت الرجوع إلى الذي طلقها قبل مسيس الثاني: «**لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ، وَيَذُوق عُسَيْلَتَكِ**» أخرجه البخاري ومسلم[٧].

---

(١) قوله: (والمرأة يزوجها غير ولي ويبني بها ... وقبل المعاودة) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (منتشر) بياض في (ش١).

(٣) قوله: (الإصابة) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٣.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٣.

(٧) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٩٣٣، في باب شهادة المختبي، من كتاب الشهادات، =

وهذا يقتضي أن يكونا عاقلين، إلا أن تكون وسوسة، ولم يبلغ[1] إلى فقدان التمييز.

وإن كانت هي غير بالغة حلت، إذا كان الذي أحلها بالغاً، إلا أن تكون صغيرة جدّاً لم تبلغ الوطء؛ طلقها الأول ثلاثاً قبل البناء، فأصابها الثاني؛ فلا تحل له وهذه جناية[2] ولا تدخل به في قوله ﷺ: «**حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ**».

ويختلف إذا شارف البلوغ ولم يحتلم:

فقال مالك مرة: يحد إذا زنى. فعلى هذا يكون وطؤه إحلالاً.

وقال محمد في المقطوع الحشفة يحل[3]. يريد: إذا بقي ما يصل منه إليها بعد مجاوزة الختان ما يصل من السالم قدر الحشفة فأكثر.

وقال ابن القاسم في "كتاب ابن حبيب": إذا أولج وذلك منه ميت لم يحل[4].

وقال في "كتاب محمد": يحل ويحصن.

والأول أحسن للحديث: «**حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ، وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ**» إلا أن تكون تجد عند ذلك لذة.

وقال في الإصابة الفاسدة كالحائض، والمحرمة، والمعتكفة: لا يحل

= برقم: (٢٤٩٦)، ومسلم: ٢/ ١٠٥٥ في النكاح باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها من كتاب النكاح، برقم: (١٤٣٣).

(١) في (ش١): (ولم تبلغ).

(٢) في (ب): (حماية).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٣.

(٤) في (ش١): (لم تحل). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٣، روى أصبغ عن ابن القاسم أنه سئل عن التي تزوجت شيخاً فلم ينتشر، فأدخلت ذكره بأصبعها ثم فارقها، فإن انبعث بعد أن أدخلته وعمل أحلها ذلك لمن أبتها، وإن بقي كذلك فلا يحلها.

ولا يحصن.

(ب ٢٠٤/أ)

وقال المغيرة، وابن دينار: يحصن، ولا يحل. وقال عبد الملك: يحصن/ ويحل[١].

وكذلك إذا كان الزوج محرماً، أو معتكفاً، أو صائماً فعلى الخلاف المتقدم، وأرى أن يحصن ويحل، ولا وجه لقول المغيرة، فإن كان عنده لا يحل فأحرى أن لا يحصن لقول النبي ﷺ: «**ادْرَؤُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ**»[٢] وهذا إذا كان الصوم معيناً كرمضان أو غيره، وإن كان الاعتكاف معيناً، فإن كان مضموناً؛ كان إحلالاً وإحصاناً؛ لأن المعين إذا فسد بأول الملاقاة كان مخاطباً بالإمساك عن التمادي، وإذا بطل المضمون لم يؤمر بالإمساك[٣].

---

(١) في (ش١): (تحصن، ولا تحل، وقال عبد الملك: تحصن وتحل). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٤.

(٢) ضعيف: كنز العمال: ٥/ ٤٤٦ في كتاب الحدود من قسم الأقوال، برقم: (١٢٩٧٢)، قال ابن حجر في تلخيص الحبير: ٤/ ٥٦: حديث: «ادرءوا الحدود بالشبهات» الترمذي والحاكم والبيهقي من طريق الزهري عن عروة عن عائشة بلفظ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» وفي إسناده يزيد بن زياد الدمشقي وهو ضعيف قال فيه البخاري: منكر الحديث. وقال النسائي: متروك ورواه وكيع عنه موقوفا وهو أصح قاله الترمذي، قال: وقد روي عن غير واحد من الصحابة أنهم قالوا ذلك، وقال البيهقي في السنن: رواية وكيع أقرب إلى الصواب. قال: ورواه رشدين عن عقيل عن الزهري، ورشدين ضعيف أيضا، ورويناه عن علي مرفوعا ادرءوا الحدود. هـ.

(٣) قوله: (وإذا بطل المضمون لم يؤمر بالإمساك) ساقط من (ش١).

فصل

[في إحلاء النصراني والعبد]

وقال مالك في المسلم يطلق النصرانية: لا يحلها النصراني أن يتزوجها[١]. وقال في "مختصر ما ليس في المختصر": يحلها. وقال على بن زياد في كتاب خير من زنته: وهو أصوب؛ لأنه نكاح صحيح داخل في عموم قول الله عز وجل: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

والعبد على خمسة أوجه:

فإن علمت أنه عبد وكان قد أذن له سيده في النكاح؛ كان إحلالاً.

وإن لم تعلم أو علمت، ولم يكن سيده أذن له، فلما علمت[٢] أو علم السيد رضي أو رضيت، ثم أصاب بعد ذلك؛ كان إحلالاً أيضاً.

وإن أصاب قبل علمها أو علم السيد فلما أجاز من له في ذلك مقال، طلق قبل أن يعاود لم تحل عند ابن القاسم[٣]. وقال أشهب: تحل[٤].

وكذلك إن تزوجته امرأة ودخل بها ثم زنت؛ كان رجمها عنده موقوفاً على إجازة السيد، [٥] فإن أجازه السيد رجمت وإن لم يصب بعد، وإن رده لم ترجم، وإن طلق قبل إجازة السيد أو قبل رضاها لم تحل.

وكذلك لو رد السيد، أو ردت هي النكاح لَمَّا علمت أنه عبد لم تحل.

---

(١) قوله: (أن يتزوجها) زيادة من (ب)، وانظر: المدونة: ٢/ ٢٠٩.

(٢) في (ش١): (فأعلمت).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٠٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٢.

(٥) قوله: (على إجازة السيد) ساقط من (ح).

وعلى هذا الجواب إن زَوَّجَها غير ولي، وبنى بها الزوج، فإن أصابها بعد إجازة الوليِّ حلت، وإن لم يعاود بعد الإجازة حتى طلق لم تحل على قول ابن القاسم[١]. وحلت على قول أشهب[٢].

وإن لم يجز الولي ورد أو طلق الزوج قبل نظر الولي لم تحل إلا على ما ذكره أبو محمد عبد الوهاب في المرأة تتزوج بولاية الإسلام مع وجود ولاية النسب: أن النكاح ماض[٣].

فعلى هذا يكون وطؤه إحلالاً وإن طلق قبل نظر الولي، إلا أن تكون تزوجت من تلحق[٤] الولي منه معرة فيكون له أن يرد، وإذا كان له أن يرد؛ لم يحل به.

فصل

[ارتداد الزوج أو الزوجة]

وإذا ارتد الزوج أو الزوجة بعد طلاق الثلاث لم تُسْقِطِ الردةُ الخطابَ بأن تنكح زوجاً غيره.

فإن ارتد بقي الخطاب لها ألا تنكح حتى تذوق عسيلة غيره.

وإذا ارتدت بقي الخطاب له لقوله سبحانه: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فإن ارتدا جميعاً، ثم رجعا إلى الإسلام؛ جاز أن يتناكحا من غير زوج على

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٠٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٢.

(٣) انظر: التلقين: ١/ ١١٣، والمعونة: ١/ ٤٨١.

(٤) في (ب) و(ح): (يلحق).

مذهب ابن القاسم؛ لأنهما عنده بمنزلة من لم يتقدم لهما إسلام، ولم يجز ذلك على قول غيره؛ لأنهما يعودان عنده على ما كانا عليه قبل الارتداد من الخطاب لهما وعليهما.

ويختلف إذا ارتد الزوج، والزوجة نصرانية؛ فقال ابن القاسم: لا تحل له إذا رجع إلى الإسلام إلا أن تنكح زوجاً غيره مسلماً لا نصرانياً[١].

وهذا إنما[٢] يصح على القول أنهم مخاطبون بفروع الإسلام، والصحيح أنهم غير مخاطبين بذلك[٣]، إلا بعد تقدم الإسلام، فتحل من غير زوج.

واختلف إذا ارتد المحل خاصة؛ فقال ابن القاسم في "الدمياطية": لا تحل[٤]. وذكر سحنون عن غيره: أنها تحل[٥].

وهو أحسن؛ لأنها تحل بأول الملاقاة، وما حدث بعد ذلك من فساد دينه فلا ينقل ذلك، كما لو اشترى أحدهما الآخر بعد الإصابة، وكذلك إن ارتدت هي بعد أن أحلها ففي "كتاب محمد" أنها لا تحل بذلك لزوج قبله[٦].

وعلى قول غيره تحل. وهو أحسن في المسألتين جميعاً.

واختلف في أيمانه بالطلاق والظهار، وفي ظهاره؛ فقال ابن القاسم: إذا ارتد وعليه أيمان بالعتق، أو عليه ظهار؛ الردة تسقط ذلك عنه[٧].

(١) قوله: (مسلماً لا نصرانياً) ساقط من (ح). وانظر: المدونة: ٢/ ٢٠٧.

(٢) قوله: (إنما) ساقط من (ح).

(٣) قوله: (بذلك) ساقط من (ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٠٧.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٠٧.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٦.

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٢٠٧.

وقال في "كتاب محمد[١]": تسقط عنه أيمانه بالعتق إلا الظهار. قال محمد: يلزمه الظهار كما يلزمه الطلاق، قال: وذكر عن ابن القاسم أنه قال: تلزمه أيمانه بالظهار ولم يعجبني[٢].

والأول أحسن، ولا يلزمه ظهار، وليس كالطلاق؛ لأن الخطاب في الطلاق يتوجه إلى الزوج وإلى[٣] الزوجة، وفي الظهار يتوجه إليه خاصة، فإذا ارتد سقط الخطاب بذلك، فإذا رجع إلى الإسلام؛ كان عنده بمنزلة من لم يتقدم له إسلام.

فصل

[في حكم نكاح المحلل]

نكاح المحلل يحل إذا تزوج لرغبة[٤]. وإن كان ليحلها لم تحل لقول النبي ﷺ: «**لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ**» وهذا حديث صحيح ذكره الترمذي في سننه[٥]، [٦].

وإن تزوجته لعلمها أنه مطلاق حلت.

---

(١) قوله: (محمد) ساقط من (ب).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٥١٥.

(٣) قوله: (الزوج وإلى) ساقط من (ح).

(٤) في (ح): (إذا نكح لرغبة).

(٥) في (ب) و(ح) و(س): (مسنده)، والحديث: أخرجه الترمذي: ٣/ ٤٢٧، في باب المحلل والمحلل له، من كتاب النكاح، برقم: (١١١٩).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨١، بلفظ: من كتاب ابن المواز: وقد جاء النهى عن نكاح المحلل حتى يكون نكاح رغبة. قال مالك: ولا يجوز أن يتزوجها ليحلها علمت هى أو زوجها الأول أو لم يعلما، فإذا لم ينو هو ذلك فذلك جائز.

قال محمد: ولو قال الأول تزوجي فلاناً فإنه مطلاق فتزوجته حلت أيضاً(١).

ويختلف إذا تزوجت الرجل الغريب، وهي عالمة أنه لا يريد حبسها؛ هل هو صحيح، أم فاسد؟ فعلى القول أنه فاسد لا تحل به.

ويختلف على هذا(٢) إذا تزوجت من حلف ليتزوجن على زوجته هل تحل بذلك إذا كان لا غرض له في الإمساك، وإذا نكح الثاني ليحلها فسخ قبل البناء وبعده، ثم ينظر في الصداق فإن علم أن تلك كانت نيته وفسخ قبل البناء لم يكن لها صداق.

واختلف إذا دخل بها هل لها صداق المثل، أم المسمى؛ لأن فساده من قبل عقده، وإن اعترف بذلك بعد العقد فسخ قبل البناء(٣) وبعده أيضاً، ولم يسقط عنه نصف المسمى إن فسخ قبل؛ لأنه يتهم أن يكون أراد أن يسقط عنه نصف الصداق، وإن دخل كان لها المسمى، إلا أن تصدقه الزوجة فيعود الجواب إلى ما تقدم إذا علم ذلك قبل العقد، وإذا لم تصدقه الزوجة بعد البناء فإنه يكره للأول أن يراجعها بذلك، ولا يمنع بحكم، وكذلك إن لم يعترف ووقع في نفسها أو في نفس الأول ظَنُّه أنه قصد التحليل.

---

(١) قوله: (أيضاً) يقابله في (ح): (به الأزواج).

(٢) قوله: (على هذا) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (لم يكن لها صداق. واختلف إذا دخل بها هل... قبل البناء) ساقط من (ب).

فصل

[في شروط نكاح المحلل]

الإحلال يصح بثلاثة:

شاهدين على نكاح المحلل، وامرأتين على الخلوة، وتصادق الزوجين على الإصابة.

فإن لم يعلم التزويج إلا من قول المطلقة لم يقبل قولها في الأمد القريب، ويقبل في البعيد إذا كانت مأمونة.

واختلف في غير المأمونة؛ / فقال محمد: لا يقبل قولها، ولا يتزوجها الأول حتى يستخبر[(١)] لنفسه، ولو منعه السلطان حتى يعلم خبرها رأيت ذلك له[(٢)].

(ب) ٢٠٤/ب

وقال محمد بن عبد الحكم: لا يمنع إذا طال الأمر ممن يمكن فيه[(٣)] موت شهودها، وهي كالغريبة، وإن كانا طارئين قُبِلَ قولهما[(٤)].

قال الشيخ[(٥)]: فمنعت في الأمد القريب؛ لأن عقد النكاح والدخول لا يخفى في الغالب على الجيران، والمرأة تتهم في الرجوع إلى الأول، وإذا طال الأمد مما يندرس فيه علم ذلك ضعفت التهمة، فإن كانت مأمونة كان أبين في ضعف التهمة، ودِيّنت[(٦)] الطارئة؛ لتعذر إثبات ذلك، إلا أن يكون من

---

(١) في (ب): (يختبر).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٣٨٧.

(٣) قوله: (فيه) ساقط من (ب).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٩/ ٣٨٧.

(٥) قوله: (قال الشيخ) ساقط من (ح.س).

(٦) قوله: (ودينت) بياض في (ش١).

الموضع القريب.

وإن علم النكاح، ولم يعلم الدخول حتى طلق؛ لم يصدق أنه بَنَى بها[١]؛ لأن ذلك مما لا يخفى، وقد أتت بها لا يشبه.

قال أشهب في "المدونة": ولو صدقها الثاني أنه بنى بها لم تصدق[٢]، ولم تحل حتى تعلم الخلوة؛ لأنها تتهم في إقرارها بالمسيس لتملك رجعتها، ويتهم الثاني ليملك الرجعة.

وإن علمت الخلوة وتصادقا على الإصابة، أو غاب المحلل، أو مات قبل أن يعلم منه إقرار أو إنكار صدقت.

واختلف إذا أنكر الثاني المسيس على ثلاثة أقوال: فقال مالك: لا تحل إلا باجتماع منهما على الوطء[٣].

وقال ابن القاسم: تحل وأخاف أن يكون ذلك ضرراً من الثاني[٤] الذي طلقها[٥].

وقال مالك في "كتاب محمد": إن قال ذلك بقرب طلاقها لم تحل، وإن لم يذكرا حتى حلت وأرادت[٦] الرجوع لم يصدق.

وقول مالك أحسن؛ لأنها محرمة بيقين، فلا تحل إلا بأمر بين، وبما يغلب

---

(١) قوله: (بها) ساقط من (ب).

(٢) في (ب): (يصدق).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣١.

(٤) قوله: (الثاني) ساقط من (ح).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣١.

(٦) في (ح): (وأراد).

على الظن صدقه، وإنكار الثاني يوجب شكّاً، إلا أن يكون دليل تهمة، وإن قال ذلك قبل الطلاق كان أبين في منعها، وإن طال مقامه معها واعترف أن لا إصابة[1] صُدِّق، وإن كانت خلوة زيارة لم يصدق، ولم تحل؛ لأنها لم تدخل على التسليم، ولا يدخل الزوج على القبض؛ فضعف قولها، ولو صدقت لكان له الرجعة إذا ادعى الإصابة وأنكرت، فإذا سقط أن يملك في مثل ذلك الرجعة؛ سقط أن تحل للأول.

---

(١) قوله: (واعترف أن لا إصابة) يقابله في (ح): (واحترفت الألفة به).

باب



في الصداق بين النصرانيين أو المشركين، إذا أسلما أو أحدهما والصداق خمر، أو تزوجت على أن لا صداق، وهل الفرق بينهما فسخ أم طلاق، وهل على الزوج نفقة إذا وقع الفراق بعد الدخول، وهل العدة ثلاث حيض أم حيضة؟

وإذا تزوج نصراني نصرانية على خمر ثم أسلما بعد[1] الدخول وبعد أن قبضت الخمر تركا على[2] نكاحهما، ولا شيء لها.

واختلف في موضعين:

أحدهما: إذا أسلما قبل البناء وقد قبضت الخمر أو لم تقبض.

والثاني: إذا أسلما بعد الدخول ولم تقبض.

واختلف إذا أسلما قبل البناء على أربعة أقوال: فقال ابن القاسم: يخير الزوج بين أن يدفع صداق مثلها[3]، أو يفرق بينهما بطلقة، ولا شيء لها، وسواء قبضت الخمر أو لم تقبض[4].

وقال غيره: إن كانت قبضت الخمر دخل بها، ولا شيء لها عليه؛ لأنها قبضتها في حال هي لها ملك[5].

---

(١) في (ب): (قبل).

(٢) قوله: (على) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (بين أن يدفع صداق مثلها) يقابله في (ب): (في دفع صداق مثلها).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢١١، ٢١٢.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢١١، ٢١٢.

وقال أشهب في "كتاب محمد": يعطيها ربع دينار، ويدخل وإن لم تكن قبضت الخمر، وإن لم يعطها ربع دينار؛ فسخ[١].

وقال محمد بن عبد الحكم: القياس أن لها قيمة الخمر بمنزلة من تزوج بثمر لم يبد صلاحها، فلم يجذ حتى أزمت أن النكاح لا يفسخ، ولها قيمة ذلك[٢].

وهو **أحسن** فإن كانت قيمة الخمر عشرين، وصداق مثلها عشرة؛ لم يلزمها قبول عشرة؛ لأنها دون ما رضيت به، وإن كان صداق مثلها ثلاثين لم يلزمه ثلاثون؛ لأنها فوق ما رضيت به، وإنما ينبغي أن يجري على حكم الاستحقاق، ولا يلزمها ما قال أشهب أن لا شيء لها إذا دفع ربع دينار؛ لأنها بمنزلة ما لو باع سلعة بخمر، فأسلما قبل أن يقبض الخمر وقبل أن تقبض السلعة؛ فليس عليه أن يسلم السلعة بغير عوض.

واختلف إذا دخل ولم تقبض الخمر فقال ابن القاسم: لها صداق مثلها[٣]. وقال محمد: لا شيء عليه[٤]. وعلى قول محمد بن عبد الحكم يكون لها قيمة تلك الخمر.

وأما إن دفع الخمر فإن المعروف من المذهب أن له أن يقبض المبيع بغير ثمن ثان[٥]، بمنزلة من باع خمراً بثمن إلى أجل ثم أسلما فإن له أن يقبض الثمن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٤٧٠.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢١١.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٥.

(٥) قوله: (ثان) ساقط من (ب).

إذا حل الأجل، وهذا هو المعروف من المذهب، وقاسه مرة على ثمن الربا، إذا أسلما قبل قبض الثمن، أنه لا يأخذ الثمن؛ لقول الله عز وجل: ﴿اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٨]، وكذلك إذا دخل فإنه يغرم قيمة الخمر.

ويختلف إذا تزوج على أن لا صداق؛ فقول ابن القاسم: لها صداق المثل بعد البناء، ويخير الزوج قبل البناء بين أن يدفع صداق المثل أو يفارق[١] لأنه قال إذا تزوجت بخمر: هما بمنزلة من تزوج على غير تسمية فيعطيها صداق المثل[٢]. وإلا[٣] فرق بينهما.

وأرى ألا شيء لها إلا ربع دينار؛ لحق الله تعالى، وما بعد ذلك فهو حق لها يصح تَرْكُهَا له.

واختلف قول ابن القاسم إذا أسلمت النصرانية قبل البناء وبعد أن قبضت الخمر ولم يسلم زوجها فقال ابن القاسم[٤] في "العتبية": ترد قيمة ما قبضت من الخمر، فاتت أو لم تفت، وتكسر الخمر عليها[٥].

وفي "كتاب ابن حبيب": لا شيء عليها لا نصف ولا غيره، قال: وإن أسلم هو[٦] قبل البناء، أو بعد، ولم تكن قبضت الخمر، أو تزوجت على أن لا صداق لها، فلها في الوجهين جميعاً، صداق المثل؛ لأنها هاهنا تبقى زوجة[٧].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٥.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٤٧.

(٣) في (ب) و(ش١): (ولا).

(٤) قوله: (ابن القاسم) ساقط من (ح).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ١٨١.

(٦) قوله: (هو) ساقط من (ب).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٥.

وأرى إن أسلمت والخمر بيدها أن ترد الخمر[١] إلى الزوج ولا تكسر عليها؛ لأن إسلامها يفسخ النكاح، ويسقط ملكها عن الصداق، وتعود ملكاً للزوج، وترجع في عينه، وإن فاتت الخمر غرمت قيمتها؛ لأن إسلامها يوجب رد الصداق إذا كانت دنانير أو سلعة، وهذا قول مالك وابن القاسم في "كتاب النكاح الثاني"[٢].

(ب ٢٠٥/أ)

وإذا كان من حقه/ أن يرد إليه إن كان عيناً أو قيمته إن كان عرضاً؛ كان من حقه أن ترد إليه قيمة الخمر؛ لأنها مال من ماله، وكذلك إن كانت مجوسية فأسلمت قبل البناء، وبعد أن قبضت الخمر، وأما إن أسلم الزوج قبل البناء وهي مجوسية[٣]، وكانت قبضت الخمر؛ فإن كانت قائمة انتزعها وكسرها، ولم يترك لها[٤].

وإن فاتت لم يغرمها؛ إذ لا فائدة في ذلك إلا كسرها، بخلاف أن تسلم هي؛ لأنه يقول: آخذ ذلك فأنا أتملكه، [٥] فإذا لم يصح من المسلمة غُرْمَ مثلها غَرِمَتِ القيمة.

وأما إذا أسلم، ولم تكن قبضت وهي نصرانية؛ فقيمة الخمر أحسن، وقيمتها إذا أسلم وحده أبين منه إذا أسلما؛ لأنها تقول: يجوز لي ملكها.

وإن تزوجت على أن لا صداق لها[٦] وأسلم الزوج وحده؛ كان لها ربع دينار.

---

(١) قوله: (الخمر) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٥٩، ١٦٠.

(٣) قوله: (فأسلمت قبل البناء وبعد ... وهي مجوسية) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (لها) ساقط من (ح).

(٥) قوله: (فأنا أتملكه) يقابله في (ب): (فأملكه).

(٦) قوله: (لها) ساقط من (ح).

فصل

[إذا أسلما قبل البناء ولم ترض بصداق المثل]

والفرقة إذا أسلما قبل البناء، ولم ترض الزوجة[(١)] بصداق المثل بطلاق[(٢)].

واختلف إذا أسلم أحدهما؛ فقال ابن القاسم في "العتبية" في نصراني أسلمت زوجته قبل البناء: إن لم يسلم مكانه فلا رجعة له، وهي طلقة بائنة[(٣)].

وقال في "كتاب محمد": إذا أسلم وتحته مجوسية أو أمة كتابية فطلق؛ لزمه الطلاق.

وقال أيضاً: لا يلزمه طلاق[(٤)].

قال في كتاب الظهار[(٥)].

وقول مالك أحسن، فلا يقع طلاق إذا أسلمت؛ لأنه كافر، والكافر لو طلق ما لزمه طلاق.

وإن أسلم هو وهي مجوسية؛ لم يقع طلاق؛ لأنه[(٦)] لم يطلق، وإنما فعل فعلاً أوجب الفراق[(٧)] كملك الزوجة لزوجها.

---

(١) قوله: (ولم ترض الزوجة) يقابله في (ب): (ولم يرض الزوج).

(٢) في (ح) و(ش١): (يطلق).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٢.

(٤) قوله: (وقال في "كتاب محمد": إذا أسلم وتحته... لا يلزمه طلاق) ساقط من (ب).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٣، والذي وقفت عليه: "وإذا أسلم الكافر ثم طلق، فإن كان تحته كتابية حرة لزمه وإن كانت مجوسية حرة أو أمة كتابية لم يلزمه.وفى كتاب العدة ذكر أن ابن القاسم يقول: يلزمه". اهـ.

(٦) في (ب): (إذ).

(٧) في (ب) و(ش١): (الطلاق).

وأما الأمة فيستحسن أن يقال الفراق بطلاق مراعاة للخلاف، ولقول أشهب إنه يصح أن تبقى زوجة.

واختلف في النفقة إذا أسلمت بعد البناء، ولم يسلم هو؛ ففي "العتبية"، وفي "كتاب محمد" قولان: وجوب النفقة[١]، وسقوطها[٢].

وقال محمد: لها النفقة، لأن بنفس إسلامه رجعت[٣].

وأن لا نفقة أحسن؛ لأن الزوج يقول: أنا على ديني لا أنتقل عنه، وهي فعلت ما حال بيني وبين ما يوجب لها النفقة.

وكذلك إن أسلم هو، ولم تسلم هي- وهي مجوسية- فلا نفقة لها؛ لأن الامتناع منها.

فصل

[في العدة، هل ثلاث حيض أم حيضة؟]

واختلف في العدة؛ فقال مالك، وابن القاسم: إذا أسلمت الزوجة[٤] وحدها تستبرئ بثلاث حيض[٥].

وقال ابن القاسم في "العتبية" في النصرانية يطلقها النصراني، فتحيض

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٦٢.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٣٢.

(٣) في (ب): (لأن نفس إسلامه رجعة). انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥١، وعبارته: "قال محمد... قال: والنصرانية تسلم تحت النصراني فعليه النفقة في العدة، كانت حاملا أو غير حامل؛ لأنه أحق بها في العدة لو أسلم كالرجعة... قال محمد في النصراني تسلم زوجته فلا نفقة لها عندنا". اهـ.

(٤) قوله: (الزوجة) ساقط من (ب).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٨.

حيضة، ثم تتزوج مسلماً فلا أفسخ نكاحه، قال: لأن مالكاً كان يقول: تجزئها حيضة[١].

ولابن القاسم في المجوسي يسلم وتأبى زوجته الإسلام: تستبرئ من ماء المسلم بحيضة[٢]. يريد: لأن الزائد على حيضة في الحرة المسلمة تعبُّد،[٣] وهذه كافرة غير متعبدة[٤].

وقال ابن عباس في البخاري: «كَانَتِ المَرْأَةُ إِذَا هَاجَرَتْ لَمْ تُخْطَبْ حَتَّى تَحِيضَ وَتَطْهُرَ، فَإِذَا طَهُرَتْ حَلَّ لَهَا النِّكَاحُ»[٥]، وإن هاجرت امرأة بعد أن أسلمت أو أسلمت بعد أن هاجرت، ثم قدم رجل فزعم أنه زوجها، وأقرت له بذلك لصُدِّقا، ولم يمنعا الاجتماع على وجه الزوجية».

وقال ابن القاسم: إن ثبت أنها امرأته لم يفرق بينهما[٦]. ولم يراع إقرارها ولا إنكارها، وهؤلاء طارئان، والمعروف من قوله أن الطارئين على التصديق، ولا يكلفان بينة، فلو طرأت امرأة ثم طرأ رجل فزعم أنه زوجها، وأقرت له بذلك لَصُدِّقَا، ولم يمنعا الاجتماع على وجه الزوجية[٧] وقد يحمل قوله على من هاجر من مكة؛ لأن أهل مكة بالمدينة كثير، فلا يخفى معرفة

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٧١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩١.

(٣) في (ح): (تعتد).

(٤) في (ح): (معتدة).

(٥) انظر أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٢٤باب نكاح من أسلم من المشركات وعدتهن، من كتاب الطلاق برقم: (٤٩٨٢).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٧.

(٧) قوله: (وقال ابن القاسم: إن ثبت أنها امرأته... على وجه الزوجية) ساقط من (ب).

ذلك، بخلاف غيرهم.

وقال ابن القاسم في "العتبية": إذا اختلفا فقالت: حضت بعد إسلامي ثلاث حيض، وقال الزوج: إنما أسلمت منذ عشرين ليلة فالزوج مصدق بمنزلة الذي يطلق زوجته، ويريد رجعتها ويقول: طلقتك أمس، وتقول: منذ شهرين، وقد حضت ثلاث حيض؛ فالقول قوله[١].

يريد: لأن الأصل أنها كانت على الكفر، فهي على ما كانت عليه؛ فلا تصدق في قدم ذلك والأخرى على العصمة فلا تصدق في قدم الطلاق، ولو اعترف أنها أسلمت منذ شهرين وذلك مما تنقضي فيه العدة، وقالت: أسلمت قبلك أو بعدك في العدة، وكذبته؛ لم يقبل قوله.

وقال مالك في "كتاب محمد": إن أسلمت، فخافت أن يسلم فيمسكها؛ فافتدت منه بمال، ثم أسلم في العدة؛ فهما على نكاحهما، ويرد إليها[٢] ما أخذ منها، ولا طلاق بينهما إلا أن يطلقها بعد إسلامه[٣].

فصل

[في الذمي يتزوج المسلمة]

وقال ابن القاسم في الذمي يتزوج المسلمة وبنى بها: لا حدَّ عليهما، قال: وقال مالك في ذمي اشترى مسلمة ووطئها: يقدم إلى أهل الذمة في ذلك أشد التقدم ويعاقبوا عليه بعد التقدم[٤].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٦٥، ٤٦٦. والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٨.

(٢) قوله: (إليها) ساقط من (ح).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٧٧.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٢.

قال ابن القاسم: فإن كان ممن يعذر بالجهالة لم يضرب. ولا أرى في ذلك حدّاً وإن تعمداه ولكن العقوبة إن لم يجهلوا[(١)].

ولا تخلو إصابة النصراني المسلمة من سبعة أوجه:

إما أن تكون حرة أصابها على وجه الغصب، أو زنى بطوعها، أو تزوجها وهي عالمة أنه نصراني، أو غرها وزعم أنه مسلم، أو كانت أمة فوطئها بالملك، أو زنًى، أو اغتصاباً.

فإن كانت حرة واغتصبها كان ناقضاً للعهد[(٢)].

واختلف إذا طاعت فقال مالك: ليس بنقض. وقال ربيعة: ذلك نقض للعهد.

وإن أصابها بنكاح وهي عالمة أنه نصراني لم يكن نقضاً.

وقال ابن نافع في "كتاب المدنيين": إن غرَّها وزعم أنه مسلم كان نقضاً وتضرب عنقه.

وإن كانت أمة ووطئها بملك اليمين، أو بزنى طائعة لم يكن نقضاً للعهد[(٣)].

واختلف إذا اغتصبها. فقال محمد: لا يقتل، قال: وفيه اختلاف، وهذا أحب إلي؛ لأنه لا يقتل حر بعبد غلط؛ لأنه لم يقتلها، ولا قتل الحرة، ولا فرق بين الأمة والحرة، ولا بين الطوع والاغتصاب[(٤)].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٢، وعبارته: " ولا أرى أن يقام في هذا حدٌّ، ولكني أرى العقوبة إن لم يجهلوا".

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٣/ ٣٤٢.

(٣) قوله: (للعهد) ساقط من (ب).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٢٥٧.

فإن كان عوهد على إن أتى شيئاً من ذلك فلا عهد له- كان كل ذلك نقضاً.

وإن كان العهد أن يعاقب ويبقى في عهده فهو على ما عوهد عليه.

وإن كان على ألا عهد له[١] إن اغتصب، وإن أطاعت فهو على عهده- كان على ما عوهد عليه.

ولا حد على الأمة، ولا عقوبة إن وطئت بالملك؛ لأنها مكرهة بالرق، إلا أن تكون قادرة على الإنكار.

وتحد الحرة إذا طاعت بالزنا، ولا تحد إذا تزوجته ولم تعلم بكفره، أو علمت وجهلت تحريم ذلك.

ويختلف إذا لم تجهل هل تحد؛ لأنه محرم بالقرآن[٢].

---

(١) قوله: (كان كل ذلك نقضاً... عهد له) ساقط من (ب).

(٢) قوله: (محرم بالقرآن) يقابله في (ح): (غرم بالفراق).

باب
في المناكح بين المسلمين وأهل الكفر



(ب) ٢٠/ب

نكاح المشرك المسلمة محرم؛ لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُنكِحُوا ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١] / ، وقوله: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠].

وأجمع أهل العلم على أن نكاح الكتابي المسلمة محرم.

ويجوز وطء المسلم الكتابية الحرة بالنكاح، والأمة بملك اليمين.

واختلف في الأمة منهن بنكاح فمنعه مالك وابن القاسم[١].

وقال أشهب في «كتاب محمد» فيمن أسلم وتحته أمة كتابية: لا يفرق بينهما[٢].

ولا يجوز وطء الوثنيات بنكاح، ولا بملك يمين، هذا قول مالك[٣].

واختلف في المجوسيات فقال مالك وابن القاسم: لا يجوز وطؤهن بحال؛ لا بنكاح، ولا بملك يمين[٤].

وقال ابن شعبان: أجاز بعض متقدمي أهل المدينة ذلك بملك اليمين، وأجازه أبو ثور بالنكاح وملك اليمين، وذكر عن حذيفة بن اليمان أنه تزوج مجوسية.[٥]

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٩.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٩.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٩، ٢٢٠.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٧/ ١٧٣، في باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب وتحريم المؤمنات على الكفار، من كتاب النكاح برقم(١٣٧٦٦) وقال: (وأما الذي أخبرنا أبو بكر بن الحارث الأصبهاني أنبأ أبو محمد بن حيان ثنا محمد بن إبراهيم

وقال أبو الحسن ابن القصار: قال بعض أصحابنا: هي على أحد القولين أن لهم كتاباً؛ أولى أن تجوز مناكحتهم.

واختلف في الصابئة، والسامرية ما هما؟[1] فقيل: الصابئون صنف من النصارى، والسامرية صنف من اليهود.

وقيل: ليسوا منهم.

فعلى القول الأول تجوز مناكحتهم، وعلى القول الآخر لا تجوز.

والأصل في جواز نكاح الحرة الكتابية قول الله عز وجل: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ...﴾ الآية [المائدة: ٥]، وهذه الآية متأخرة النزول عن آية البقرة في قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٢١]. وعن آية النساء في قوله سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٥]، فكانت آية المائدة لتأخر نزولها أصلاً في جواز نكاح الحرائر الكتابيات.

واختلف في الوجه الذي أبيحت له الكتابيات بالملك.

فقيل: قياساً على الحرائر منهن.

وقيل: لأنه لم يتقدم فيهن تحريم.

وقيل: قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ﴾ تضمن عبدة الأوثان،

=

ابن سعيد ثنا بن أبي الشوارب ثنا عبد العزيز بن المختار ثنا عبد الله بن فيروز عن معبد الجهني قال: رأيت امرأة حذيفة مجوسية - فهذا غير ثابت والمحفوظ عن حذيفة أنه نكح يهودية والله أعلم) وقال البيهقي في موضع آخر: ٩/ ١٩٢: (ولا يصح ما روي عن حذيفة في نكاح مجوسية).

(١) قوله: (ما هما) ساقط من (ح).

واليهود، والنصارى.

فعبدة الأوثان مشركون بقولهم: ﴿مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَآ إِلَى ٱللَّهِ زُلْفَىٰٓ﴾ [الزمر: ٣]، والنصارى بقولهم: ﴿ٱلْمَسِيحُ ٱبْنُ ٱللَّهِ﴾، وبعض[1] اليهود بقولهم: ﴿عُزَيْرٌ ٱبْنُ ٱللَّهِ﴾.

وقيل: نزلت الآية في عبدة الأوثان خاصة؛ لأنه لم تجر العادة في اليهود والنصارى أنهم يسمون مشركين، ويدل على ذلك قوله سبحانه: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [البينة: ١]، وقوله عز وجل: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [البينة: ٦]، ولقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱلَّذِينَ هَادُوا۟ وَٱلصَّٰبِـِٔينَ وَٱلنَّصَٰرَىٰ وَٱلْمَجُوسَ وَٱلَّذِينَ أَشْرَكُوٓا۟﴾ [الحج: ١٧] فنزل القرآن على مشهورٍ متعارفٍ كان عندهم، وإن كان الآخرون مشركين وقال تعالى سبحانه: ﴿تَعَٰلَىٰ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ [النحل: ٣]، ولم يكونوا يسمون بذلك، فعلى هذا يكون أهل الكتاب لم يتقدم لهم ذكر، ولم يدخلوا في عموم قوله: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾.

وأما من منع وطء الأمة الكتابية على وجه الزوجية فاحتج بآية النساء بشرط الله سبحانه الإيمان وبآية المائدة بشرط الله تعالى الحرية، ولا حجة في الجميع؛ فأما آية النساء فإنها تضمنت الانتقال من الحرة المؤمنة إلى الأمة المؤمنة، وظاهرها يقتضي منع الكافرة؛ حرة كانت أو أمة.

ونحن نقول بجواز نكاح الحرة الكتابية مع القدرة على نكاح الأمة المؤمنة، وهذا يغني عن سقوط الاحتجاج بذلك؛ إذ ليس عليه العمل، بل يقدم نكاح الحرة الكتابية على الأمة المؤمنة؛ لئلا يرق ولده وإن لم يخش عنتاً

---

(١) قوله: (بعض) ساقط من (ب).

وإن كان واجداً الحرة المؤمنة، وأما آية المائدة فإنها نزلت على ما يجوز نكاحه اختياراً من غير عذر ولا ضرر، ولأن نكاح الأمة المسلمة لا يجوز إلا بشرط عدم الطول، وخشيان العنت، وكذلك الأمة الكتابية لا يجوز إلا بمثل ذلك من الشرط، فذكر الله سبحانه نكاح الحرة الكتابية؛ لأنها لا تحتاج إلى شرط.

وأجاز أشهب لمن أسلم على أمة نصرانية البقاء عليها[1]؛ لأن التزويج تقدم في وقت لم يخاطب فيه بشرط، فأشبه من تزوجها في الإسلام بوجه جائز على الشرطين، ثم زال فوجد طولاً، ولم يخش عنتاً؛ فإنه يجوز له البقاء عليها. فإن تزوج عليها حرة، فارقها على قول ابن حبيب.

فصل

[في نكاح المشركات من غير أهل الكتاب]

وحرم وطء الحرة المشركة بقول الله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ وحُرم وطؤهن بملك اليمين قياساً على النكاح، وحرم وطء المجوسيات قياساً على الوثنيات؛ لأنهن ليسوا من أهل الكتاب.

وقال إبراهيم الحربي: روي عن سبعة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ، أنهم قالوا: لا تجوز مناكحتهم.

وأجاز ذلك قوم.

واختلفوا في الوجه الذي أباح ذلك فمنهم من قال: لأنهم أهل الكتاب. ومنهم من قال: لقوله ﷺ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ»[2].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٩.

(٢) سبق تخريجه في كتاب الجهاد، ص: ١٤٤٩.

وكلا الوجهين غير صحيح، فأما من قال ذلك لما تقدم لهم من الكتاب فإنه يلزمه أن يجيز مناكحة[(١)] الوثنيات من العرب، وأن يجريهم على أحكام المسلمين؛ لأنهم من ذرية إبراهيم وإسماعيل عليهما الصلاة والسلام، وقد كانا من أهل الكتاب، قال الله عز وجل في سورة الأنعام: ﴿أُولَٰئِكَ الَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ وَالْحُكْمَ وَالنُّبُوَّةَ﴾ [الأنعام: ٨٩] فلا يراعى ما كان عليه الأجداد من إيمان، ولا يؤثر في حال الأنبياء[(٢)]، وإنما تراعى حالتهم الآن من إيمان، أو تعلق بكتاب أو غيره.

وأما قول النبي ﷺ: «**سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ**» فقد روي أن ذلك كان في الجزية، وعنها كان سؤال عمر رضي الله عنه فأخبره عبد الرحمن بن عوف بالحديث.

وإذا كان ذلك لم تصح المناكحة؛ لأنه لا يصح أن يباح أحدهما دون الآخر، وليس جواز أحدهما متعلقاً بجواز الآخر، ولا منعه متعلقاً بمنعه، وإنما هذا موضع توقيف ينتهى إليه.

قال الشيخ:[(٣)] وأرى أن يجوز[(٤)] نكاح الصابئة والسامرية قياساً على اليهودية والنصرانية لأنهما يتفقان في أنهما متمسكان بوجه من الحق،/ وهو الكتاب الذي أنزل الله تعالى، وداخلان في قوله: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [البقرة: ١٠١].

(ب) ٢٠٦/أ

وإنما الاختلاف بينهم في الوجه الذي يكفرون به، فالنصارى يقولون: المسيح ابن الله، واليهود يقولون: عزير ابن الله، والصابئون يقرأون الزَّبُور

---

(١) في (ح): (مناكح).

(٢) قوله: (ولا يؤثر في حال الأنبياء) يقابله في (ح) و(ش١): (ولا بتوتر في حال الأبناء).

(٣) قوله: (قال الشيخ:) ساقط من (ب).

(٤) قوله: (أن يجوز) ساقط من (ب).

ويعبدون الملائكة، والسامرية صنف من اليهود، وإذا كان الوجه الذي أباح المناكحة أنهم تعلقوا بكتاب الله فقد اتفقوا فيه، ولم يضرهم[(١)] اختلاف كفرهم.

فصل

[في إسلام الزوجين بعد البناء]

فإذا أسلم الزوجان النصرانيان والمجوسيان، وكان إسلامهما معاً؛ ثبتا على نكاحهما،

وكذلك إذا كان أحدهما نصرانياً والآخر مجوسيّاً، وسواء كان أصل[(٢)] نكاحهما صحيحاً أو فاسداً، دخل أو لم يدخل، وإن كان أصله نكاح متعة ثم تراضيا بعد الأجل على البقاء، أو كان زنًى ثم تراضيا على البقاء على وجه الزوجية؛ فيجوز أن يبقيا زوجين إذا أسلما.

وإن أسلمت الزوجة وحدها بعد البناء، كان الزوج أحق بها إن أسلم في عدتها، والنصرانية والمجوسية في هذا سواء.

وإن لم يدخل بها، لم يكن له عليها[(٣)] سبيل.

واختلف إذا أسلم عقيب إسلامها نسقاً؛ فقيل: بانت منه. وفي "العتبية": أنه أحق بها[(٤)].

---

(١) في (ح) و(ش١): (يضر).

(٢) قوله: (أصل) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (لها عليه).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٥١، وعبارته: "قال ابن القاسم في النصراني تسلم امرأته قبل أن يدخل بها إلا أنه ربما خلا بها عند أهلها، قال: إذا أسلمت امرأته ولم يسلم مكانه؛ فلا رجعة له عليها". اهـ.

وقد اختلف في هذا الأصل إذا طلق الزوج ثلاثاً قبل الدخول في ثلاث كلمات نسقاً هل تلزمه الثلاث أم واحدة؟

وإذا استثنى بنية[١] محدثة عند تمام اليمين هل يكون ذلك استثناء؟ أو إن تقدم إسلام الزوج والزوجة يهودية أو نصرانية بقيت زوجة، وسواء دخل بها أو لم يدخل.

واختلف في الوثنية والمجوسية فجعل أشهب الجواب إذا تقدم إسلامه كالجواب إذا تقدم[٢] إسلامها، فإن كانت مدخولاً بها؛ كان أحق بها إن أسلمت في العدة، وإن كانت غير مدخول بها بانت، وإن كان إسلامها عقيب إسلامه.

وساوى ابن القاسم بين المدخول بها وغيرها في ذلك، وقال: يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت بقيت زوجة، وإلا فرق بينهما، ولم ينظر في المدخول بها إلى[٣] العدة، ولا في غير المدخول بها إذا لم يكن إسلامها عقيب إسلامه[٤].

واختلف قوله إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم؛ فقال في "المدونة": يفرق بينهما[٥].

وقال في "كتاب محمد": يعرض عليها اليومين والثلاثة[٦].

---

(١) في (ب): (نية).

(٢) قوله: (إسلامه كالجواب إذا تقدم) ساقط من (ح).

(٣) في (ح): (في).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٠.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٢.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩١.

واختلف إذا غفل عنها، فلم يعرض عليها الإسلام، ثم أسلمت؛ فقال في "المدونة": هو أحق بها إذا أسلمت قبل أن يتطاول، قال: والشهر، وأكثر منه قليلاً قريب(١).

وقال في "كتاب محمد": الشهران كثير(٢).

وقال محمد: إذا غفل عنها شهراً فقد برئ منها(٣).

وقول أشهب أحسن، وأرى أن يرد ما اختلفا فيه إلى ما اجتمعا عليه، وهو إذا تقدم إسلامها؛ إذ لا فرق بين المسلمين.

فصل

[في إسلام أحد الزوجين وهو في سن من لا يميز]

وإسلام أحد الزوجين إذا كان في سن من لا يميز -لا يوجب فراقاً.

واختلف إذا كان في سن من يميز، الإثغار فما فوق.

فقيل: هو إسلام، فإن كانت الزوجة هي التي أسلمت، وقد دخل بها، والزوج بالغ كان عليها العدة، وهو أحق بها إن أسلم في عدتها، وإن لم يكن دخل بها أو كان قد دخل بها(٤) ولم يبلغ؛ بانت وإن أسلم بعد ذلك، إلا أن يكون إسلامه عقيب إسلامها فيختلف فيه.

وإن أسلم هو دونها، وكان غير بالغ، وهي بالغة؛ عرض عليها الإسلام على مذهب ابن القاسم، ثم يختلف هل تؤخر بذلك ثلاثة أيام، ويختلف إذا

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٢.

(٢) قوله: (كثير) ساقط من (ب).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩١.

(٤) قوله: (بها) ساقط من (ح).

غفل عنها ولم يعرض عليها؛ هل يكون أحق بها بعد الشهر أو الشهرين؟

وعلى قول أشهب تقع الفرقة بينهما مكانه، وسواء دخل بها أو لم يدخل؛ لأن دخول من لم يبلغ كَلا دخول.

وقيل: ليس ذلك بإسلام إلا أن يثبت عليه عند[(١)] البلوغ، فإن أسلمت ولم تبلغ، وكان زوجها بالغاً؛ وقف عنها، ولا تكون في عدة، فإن ثبتت على إسلامها بعد البلوغ[(٢)] كانت عليها العدة حينئذٍ، ويكون أحق بها إن أسلم في عدتها.

وإن أسلم هو دونها، وكانت مجوسية وقف عنها أيضاً، وكذلك إن لم تبلغ وهي مجوسية؛ فإن دخوله بها وغير دخوله بها سواء.

وإن أسلم أبواهما والزوجان صغيران في سن من لم يميز كانا بإسلام أبويهما في حكم المسلمين.

فإن أسلم أبوها[(٣)] وقعت الفرقة، كأنه ليس ثَمَّ دخول.

ويختلف إذا أسلم أبوه فعلى قول ابن القاسم يعرض على أبيها الإسلام، وعلى قول أشهب وقعت الفرقة. وإن أسلم[(٤)] أبوها[(٥)].

وإن عقلا دينهما لم يكن إسلام الأبوين إسلاماً لهما.

---

(١) في (ب): (بعد).

(٢) قوله: (فإن أسلمت ولم تبلغ وكان زوجها... بعد البلوغ) ساقط من (ب).

(٣) في (ب) و(ش١): (أبواهما).

(٤) قوله: (أبوه فعلى قول ابن القاسم يعرض على... وإن أسلم) ساقط من (ب).

(٥) في (ح) و(ش١): (أبواهما).

فصل

[فيمن أسلم وله أولاد صغار]

وإذا أسلم النصراني وله أولاد صغار؛ كانوا في[1] حكم الإسلام بإسلام أبيهم[2] فإن قتلوا قتل قاتلهم، وإن ماتوا أو مات أبوهم كان بينهما الميراث.

واختلف إذا غفل عنهم حتى بلغوا على الكفر على ثلاثة أقوال:

فقال مالك مرة: يتركون ولا يجبرون[3].

وقال مرة: يجبرون على الإسلام إذا بلغوا[4] بالضرب والتهديد والسجن من غير قتل[5].

وقال المخزومي: إن أبوا الإسلام قتلوا[6].

وأما إن مات الأب وهم كبار لم يكونوا في حكم الإسلام بإسلام أبيهم.

واختلف في موضعين:

أحدهما: [7] إذا أسلموا هل يعد ذلك إسلاماً أم لا؟[8].

والثاني: إذا لم يسلموا أو مات الأب وهم على النصرانية، ثم أسلموا بعد موته قبل البلوغ، أو عند البلوغ؛ فلم ير في "المدونة" إسلامهم إسلاماً، وقال

---

(١) في (ب): (على).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢١.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢١.

(٤) قوله: (على الكفر على ثلاثة أقوال... إذا بلغوا) ساقط من (ب).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢١، والنوادر والزيادات: ١/ ٦٠٦، والبيان والتحصيل: ١٦/ ٤٣٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١/ ٦٠٦.

(٧) قوله: (أحدهما:) ساقط من (ب).

(٨) قوله: (أم لا؟) ساقط من (ب).

أيضاً: هو إسلام[١]. وإن كانت جارية مجوسية حل وطؤها له، وعلى هذا يرث وتورث.

وقال: إذا مات ولم يسلموا، ثم أسلموا بعد موته وثبتوا على ذلك حتى بلغوا، أو أسلموا بعد الاحتلام ورثوا آباءهم[٢].

وأنكر ذلك سحنون ورأى أن لا ميراث لهم إلا أن يكونوا أسلموا قبل موته[٣]. **وهو أصوب** فمن مات عنه وهو نصراني لم يرثه إن أسلم بعد ذلك، ومن مات عنه وهو مسلم ورثه وإن ارتد بعد ذلك؛ لأن المعرفة بالله سبحانه تصح ممن لم يحتلم، وإذا صحت منه المعرفة كان مؤمناً حقيقة؛ يرث به، ويستحق الجارية به[٤]، وإن رجع قبل البلوغ لم يقتل؛ لأن إسلامه كان في موضع لم يتوجه عليه[٥] الخطاب بالعقوبة عليه؛ فلا يقتل إلا بما كان من[٦] الإسلام بعد البلوغ، وإذا لم يقتل فإن[٧] كان أبوه ذمياً كان ولده ذمياً، وسواء مات أبوه على دينه نصرانياً[٨]، أو أسلم ولم يسلم ولده.

واختلف في ولد المرتد فقال ابن القاسم في "كتاب ابن سحنون"/ فيمن ارتد ولحق بدار الحرب بأهله وولده- قال: أما أولاده[٩] الذين حدثوا بعد

(ب) ٢٠/ب

(١، ٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢١.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٥٩٩.

(٤) قوله: (ممن لم يحتلم وإذا صحت منه المعرفة... الجارية به) ساقط من (ب).

(٥) قوله: (عليه) ساقط من (ب).

(٦) قوله: (من) ساقط من (ب).

(٧) في (ح): (وكان).

(٨) في (ب): (أو نصرانيا).

(٩) في (ح): (ولده).

الردة فهم فيء، وكذلك زوجته، ثم رجع عن الزوجة[١] يريد: ولده الصغير الذي كان في حين الردة؛ لأنه قد ذكر من حملت بعد.

وقال محمد فيمن حملت به قبل أن يرتد: يجبر على الإسلام ما لم يحتلم فإن احتلم ترك عند ابن القاسم. وقال أشهب: يجبر بالضرب[٢].

وقال ابن القاسم في "العتبية": إن ارتد وله أولاد[٣] صغار، وأبوا أن يسلموا وكبروا؛ يجبرون بالضرب ولا يبلغ بهم القتل، وأما مَنْ ولد في حال الردة فإن أدركوا قبل الحلم أجبروا على الإسلام، وإن بلغوا على ذلك تركوا[٤].

وقال أيضاً في حصن فيه مسلمون: إن[٥] ارتدوا عن الإسلام يقتلون ولا تسبى ذراريهم[٦].

وقال سحنون فيمن ارتد عن الإسلام ولحق بدار الحرب فتنصر، وتزوج وولد أولاداً ثم مات هو وولده، وأبى ولد ولده من الإسلام فسبيل ولد ولده كسبيله؛ لا يسلط عليهم السبي، ويقتل من لم يتب من الكبار، ويكره الصغار على الإسلام، ثم رجع فقال: أما من بلغ فإن السبي يأخذه إذا لم يسلم، وكذلك ولد ولده. واختلف قوله في سبي زوجته[٧].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٤٩٥.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٤٩٧.

(٣) في (ح): (ولد).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ١٦/ ٤٣٩.

(٥) قوله: (إن) ساقط من (ح).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٤٩٥.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٤٩٥.

والقول إن ما ولد له بعد ردته يكون فيئاً أحسن، ولو كان؛ لا يكون ولده ولا ولد ولده فيئاً، ما تسلط السبي على أحد ممن هو على وجه الأرض؛ لأنهم ذرية نوح عليه السلام فهم الآن أبناء مرتدين، وهذا إذا ارتدت زوجة المرتد أو كانت نصرانية أو يهودية، وإن كانت مسلمة وبقيت على الإسلام فأصابها فحملت؛ كان ولدها مسلماً على أحد القولين أن الولد يكون تبعاً في الإسلام لأحد أبويه الأب أو الأم.

وكذلك إذا كان وُلِد له قبل أن يرتد فَرُبِّي على الكفر؛ لأنه لم يكن قبل أن يرتد أبوه مؤمناً ولا كافراً؛ لأنه لم يكن عنده معرفة بشيء من ذلك، وإنما كان في حكم دين الأب من وجه الحكم ليس أنه مؤمن.

وأما إن لم يرجع أبوه إلى الإسلام، وقتل والابن صغير **فلا أرى أن يسترق**؛ لأنه باق على حكم الدين الأول، وهو الإسلام، ولا ينتقل إلى حكم الدين الذي رجع إليه أبوه، بخلاف الكافر الذمي؛ لأن الذمة له ولولده.

واختلف إذا كان الأب على الإسلام فنشأ الولد وحده على الكفر، هل له حكم المرتد إن لم يراجع الإسلام؟

فقال مالك في "كتاب محمد"، فيمن تزوج نصرانية فأولدها أولاداً، فلما بلغوا قالوا: لا نسلم، قال: يجبرون على الإسلام من غير قتل. وقاله ابن القاسم أيضاً[1].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٥٠٠.

فصل

[في عقد أهل الكفر للنكاح]

عقد أهل الكفر النكاح عقد يلزم كل واحد منهما بعد الإسلام الوفاء به؛ أسلما قبل الدخول أو بعده، فإن أرادت الزوجة الذهاب، وقالت: لا يلزمني ما عقدت على نفسي في حال الكفر؛ لم يكن ذلك لها.

وإن أحب الزوج قبل الدخول ألا يدفع نصف الصداق ويرفع يده عنها لم يكن ذلك له، ولها أن تطلبه بنصف الصداق.

وإن رضيا بترك[1] المطالبة بالعقد المتقدم لم يترك[2] إلا بطلاق، وسواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً أو زنى وتماديا قبل الإسلام على وجه النكاح، أو تزوجها في العدة، أو نكاح متعة، ثم ثبتا عليه بعد انقضاء العدة، وبعد ذهاب الأجل في المتعة، وقبل الإسلام.

فإن أسلم على أختين كان له الخيار[3] أن يحبس إحداهما، وليس لها أن تأبى منه، ويلزمها ذلك بالعقد المتقدم، ولا يراعى الأولى منهما، ولا كون العقد واحداً أو مفترقاً؛ لأن ذلك من باب الصحة والفساد، وذلك حق الله تعالى.

وما عقد في حال الكفر لم يخاطبا فيه حينئذ بذلك، ولم يكن له أن يتمسك بهما جميعاً؛ لأن ذلك مما لا يصلح التمادي عليه في الإسلام.

وإن أسلم على عشر نسوة؛ كان له أن يمسك أربعاً، ولا خيار لمن أحب إمساكها منهن، وذلك لازم لهن بالعقد المتقدم، ولا يراعى أيضاً هل كان ذلك

---

(١) في (ح): (بتلك).

(٢) في (ح) و(ش١): (يزل).

(٣) قوله: (الخيار) ساقط من (ح).

في عقد واحد[١] أو مفترقاً؟

والأصل في ذلك حديث فيروز الديلمي قال يا رسول الله: أسلمت وتحتي أختان، فقال رسول الله ﷺ: «اخْتَرْ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ» ذكره الترمذي[٢]. وحديث غيلان الثقفي أسلم وعنده عشرة نسوة، فقال له رسول الله ﷺ: «خُذْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»[٣] فلو كان عقد الكافر كَلاَ عقد؛ لم[٤] يخيره النبي ﷺ في إمساك أربع، ولوجب استئناف النكاح بولي وصداق إذا رضيا ولم يعتبر الأوائل من الأواخر؛ لأنه من باب الصحة والفساد؛ لأنهم لم يكونوا مخاطبين حينئذ.

وأما الحرمة فلا يختلف أنهما[٥] الآن في الإسلام مخاطبون بما كان من الإصابة في حال الكفر، فإن أصاب امرأة في حال الكفر حرمت على آبائه وأبنائه في الإسلام، وحرمت عليه أمهاتها وبناتها، وإن أصاب امرأة[٦] وأمها في حال الكفر، ثم أسلموا حرمتا عليه.

واختلف إذا لم يصبها أو أصاب إحديهما؛ فقال في "المدونة": إن لم يصبها؛ كان بالخيار يحبس أيتهما أحب، وإن أصاب إحديهما أمسكها وفارق

(١) قوله: (واحد) ساقط من (ب).

(٢) أخرجه الترمذي: ٣/ ٤٣٦ باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان من كتاب النكاح، برقم: (١١٢٩).

(٣) أخرجه الترمذي: ٣/ ٤٣٥باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشرة نسوة، من كتاب النكاح، برقم: (١١٢٨)، وأحمد في مسنده: ٢/ ١٣ برقم: (٤٦٠٩).

(٤) في (ب) و(ش١): (لم يكن).

(٥) في (ب): (أنها).

(٦) قوله: (في حال الكفر حرمت على آبائه... وإن أصاب امرأة) ساقط من (ب).

الأخرى[(١)].

وقال غيره: يفارقهما جميعاً، وإن لم يصبها ثم يتزوج الابنة إن شاء.

وقال أشهب في "كتاب محمد": إن لم يصب واحدة منهما حبس الابنة، وإن أصاب الأم حرمتا جميعاً[(٢)] عليه. وقاله[(٣)] مالك في "كتاب ابن حبيب".

وأجاز ابن القاسم إن لم يصب الابنة أن يمسك الأم[(٤)].

ورأى أن النظر في ذلك من باب الصحة والفساد، ومنع ذلك مالك، وأشهب، وابن حبيب، والغير في "المدونة" فحرموا الأم بإسلامها على البنت؛ لأن نكاحها في الحكم حكم النكاح الصحيح؛ لما كان لو انفردت لم يكن فيه خيار، وكان لكل واحدة منهما مطالبة الأخرى[(٥)] بالعقد الأول.

واختلف بعد القول بتحريم الأم إذا لم يكن دخل بواحدة منهما؛ هل له أن يمسك الابنة من غير فسخ أو يفسخ النكاحان، ويستأنف عقد الابنة؟

وقال أشهب في "كتاب محمد" في كتابي أو مجوسي تزوج امرأة، فلم يمس حتى مات أو فارق في شركه، فلا تحرم بذلك على آبائه/ وأبنائه المسلمين، وليس ذلك بنكاح حتى يسلموا عليه، وليس عقد الشرك دون الوطء يوجب التحريم إذا أسلم في أم من كان نكح، ولا تحرم على آبائه

(ب) ٢٠٧/أ

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢٢.

(٢) قوله: (جميعاً) ساقط من (ب).

(٣) في (ب): (وقال).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢٢.

(٥) في (ح): (الآخر).

وأبنائه[١]، وقاله ابن القاسم.

قال محمد: وذكر لنا عن أشهب أنه قال: تحرم الأم بعقد الشرك في البنت وتحرم على آبائه وأبنائه[٢].

قال: وفي[٣] قول أشهب: لو فارق زوجته في شِرْكِهِ قبل أن يمس، ثم نكحها أبوه أو ابنه، ثم فارقها أو مات عنها، ثم نكحها الأول، وأسلم وهي تحته؛ فإن كان الثاني مسها حرمت عليهما، وإن لم يمس ولا تلذذ ثبتت عند الأول؛ لأن نكاح الثاني لو أسلم عليه لم تقر عنده[٤] ولا يضر إلا بالمسيس[٥].

يريد: لأن عقد الثاني[٦] فاسد، ويلزم على قول أشهب هذا الآخر أن يقول إذا تزوج أماً وابنتها، أو أختين، أو أكثر من أربع نسوة، ثم أسلم -أن يلزم العقد الأول، ويفسخ الثاني.

فصل

[فيمن أسلم وتحته عشر نسوة لم يَدْخُل بهن]

اختلف فيمن أسلم على عشر نسوة، ولم يدخل بهن؛ فقال ابن حبيب: لكل واحدة نصف صداقها[٧]. وجعله بمنزلة من طلق طوعاً لما كان له أن يمسكهن، ويفارق غيرهن.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٨.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٨.

(٣) في (ح): (وهو).

(٤) في (ب): (عليه).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٨.

(٦) في (ح): (العقد الثاني).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٠.

وقال محمد: لكل واحدة خُمُسًا[1] صداقها؛ لأنه لو فارق جميعهن كان عليه أربع صداقات[2]. فالذي ينوب كل واحدة خمسان[3].

وقول ابن القاسم: لا شيء لهن، لأنه عنده مغلوب على الفراق[4].

وإن مات عنهن كان لهن على قول ابن حبيب سبع صداقات لستٍّ ثلاث صداقات، ولأربع أربع صداقات يقتسمنها[5] أعشاراً، وعلى قول ابن القاسم ومحمد أربع صداقات يقتسمنها أعشاراً، ويتفق قولهما في هذا الموضع.

واختلف إذا أمسك أربعاً ثم وجدهن أخوات.

فقال إسماعيل القاضي: إن طلق عليه السلطان من بقي كان له منهن تمام الأربع.

وقال ابن الماجشون: إن تزوجن لم يكن له عليهن سبيل؛ لأنه أحلهن لمن نكحهن الحكمُ بالفسخ فهو حكم، وإن كان قد خفي على الحاكم أنها ذات زوج، فإنه حكم قد فات.

وقال محمد بن عبد الحكم: يفسخ نكاح من يختار منهن، وإن كن قد تزوجن ودخل بهن.

يريد: إذا اختار أربعاً، فوقع الفراق على البواقي باختياره الأربع، ولم يوقع على البواقي طلاقاً، ولو أوقع عليهن الطلاق لم يكن له رد فيمن طلق

---

(١) في (ب): (خمس).

(٢) في (ب): (كان عليه صداقان).

(٣) في (ب): (خمس). وانظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٠.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٠.

(٥) في (ح): (يقسمها).

منهن[١]. وإن لم يتزوجن إذا كان طلاقاً قبل الدخول أو بعده، ثم تبين ذلك بعد انقضاء العدة.

فصل

[في الزوجين من أهل الحرب إذا سُبِيَا]

واختلف في الزوجين من أهل الحرب إذا سبيا أو أحدهما، وقدم الآخر بأمان هل ذلك فسخ للنكاح؟

فقال في "المدونة": السَّبْي فسخ للنكاح، سُبيا معاً أو مفترقين، وإن سبيت ثم قدم زوجها بأمان لم يكن أحق بها وإن كانت في الاستبراء[٢].

وعلى هذا إن سبي وقدمت بأمان فإن العصمة منقطعة.

وقال محمد: هما على نكاحهما وإن سبيا جميعاً، أو سبي الزوج، ثم خرجت إلينا[٣] بأمان في العدة، والنكاح على حاله[٤].

وقال ابن بكير عن مالك: إن سبيا جميعاً واستبقي الزوج؛ أُقِرَّا على نكاحهما، وإن سبيت الزوجة قبل حلت لمالكها[٥].

يريد: استبقي فلم يقتل[٦]؛ **والأول أحسن**، ولا حق للزوج في النكاح إن سبيا أو أحدهما؛ لأنه إنما اشترى منافع، ولو آجرته نفسها في خدمة أو كانت

---

(١) قوله: (منهن) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٧.

(٣) قوله: (إلينا) ساقط من (ح).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٣/ ٢٨٨.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٣/ ٢٨٩.

(٦) في (ب): (يقبل).

ملكاً له؛ لم يكن له في ذلك حق على من صارت إليه، وكذلك إن قدمت بأمان فإن لسيده أن يمنعه منها وإن طاعت له؛[١] لأنه عيب عليه، ولا خلاف أن السبي يسقط[٢] ما كان له من حق في إجارة أو ملك، فكذلك الزوجة؛ لأنه لا يخلو أن يكون ملك منافعها أو رقبتها، وأي ذلك كان فإن الغانم يملك ذلك[٣] دونه، وكذلك حقه في العصمة، وليس كذلك إن أسلم الزوج قبلها وقبل سبيها فإن عصمته قائمة إن أسلمت أو أعتقت؛ لأن إسلامه كان وهو حر وهي حرة مسلمة، فإنما سبيت وهي زوجة لحر مسلم.

---

(١) في (ح): (وإن أطاعته).

(٢) في (ح): (يقطع).

(٣) قوله: (ذلك) ساقط من (ب).

باب



في طلاق النصراني وعتقه، وإذا زنى أو شرب خمراً أو سرق أو حارب، وفي ارتداد أحد الزوجين



طلاق النصراني غير لازم، فإن لم يرفع يده عنها لم يعرض له؛ لأن الطلاق يتعلق به حق الله تعالى وذلك ساقط مع الكفر، وحق لآدمي وهي الزوجة، وذلك غير لازم لها هاهنا إن قامت به[1]؛ لأنه في معنى الهبة؛ أعطاها نفسها، ونحن لا نجبرهم على الوفاء بالهبة، وكذلك العتق إن لم تحزه نفسه لم يجبر؛ لأن العتق يتضمن حقاً لله تعالى، وحقاً للعبد، فإن جوز العبد أو الزوجة نفسه لم يمكن من الرجوع في ذلك إن امتنعت أو امتنع ما لم تضرب عليه الجزية، فلا يمكن من الرضا بالرق، وإن رضي الزوجان بأن يحكم بينهما بحكم المسلمين؛ فإن رضيا أن يحكم بموجب الطلاق لو[2] كانا مسلمين حكم بالطلاق، فإن كان ثلاثاً منعه أن يراجعها إلا بعد زوج؛ لأن رجوعها قبل ذلك رجوع عمّا التزما، وذلك من التلاعب بأحكام المسلمين، وإن قالا: احكم بما يجب على النصراني عندكم إذا طلق، قيل لهما: ليس ذلك بطلاق، وإن قالا: احكم بما يجب في ديننا، أو كانا يهوديين فقالا: احكم بما يجب في ذلك في التوراة، لم يحكم بينهما؛ لأنا لا ندري هل ذلك مما غيروه، ولأن ذلك منسوخ بالقرآن.

وقيل في حكم النبي ﷺ في الزانيين بالتوراة أن ذلك قبل أن تكون

(١) في (ح): (له).

(٢) في (ب): (أو).

لهم ذمة[١].

وإن قالوا في العتق: احكم بحكم المسلمين إذا أعتق؛ حُكِمَ عليه بحريته، وليس له الرجوع عن ذلك.

وذكر سحنون عن المغيرة في النصراني يحلف بطلاق زوجته أو حرية غلامه، فحنث ثم رفعت الزوجة، أو الغلام إلى السلطان أمرهما فإنه يحكم[٢] بطلاق المرأة[٣]، وعتق الغلام.

(ب ٢٠٧) وقال: إن مات عن أم ولد نصرانية، فاستعدت[٤]/ حكم المسلمين سن بها سنة أمهات[٥] أولاد المسلمين[٦].

وذكر أبو الحسن ابن القصار عن ابن شهاب والأوزاعي والثوري أن طلاقهم واقع.

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٦/ ٢٤٩٩، في باب الرجم في البلاط، من كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، برقم (٦٤٣٣)، ومسلم في باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا، من كتاب الحدود، برقم (١٦٩٩)، ولفظ البخاري: (عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أتي رسول الله ﷺ بيهودي ويهودية قد أحدثا جميعا فقال لهم: «ما تجدون في كتابكم». قالوا: إن أحبارنا أحدثوا تحميم الوجه والتجبية. قال عبد الله بن سلام: ادعهم يا رسول الله بالتوراة، فأتي بها فوضع أحدهم يده على آية الرجم، وجعل يقرأ ما قبلها وما بعدها، فقال له ابن سلام: ارفع يدك. فإذا آية الرجم تحت يده، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما. قال ابن عمر فرجما عند البلاط فرأيت اليهودي أجنأ عليها).

(٢) قوله: (فإنه يحكم) ساقط من (ح).

(٣) في (ح) (امرأة).

(٤) في (ب): (فاستقرت).

(٥) قوله: (أمهات) ساقط من (ب).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٣/ ١٣٦.

وإن طلق ثلاثاً ثم أسلم في الحال لم يقرا، ولا تحل إلا بعد نكاح مستأنف.

وقال المغيرة في "المبسوط": إن زنى جلد مائة. ورأى[١] أن زناه زنًى إلا أنه غير محصن. واحتج إسماعيل بقول مالك.

فصل

[ارتداد أحد الزوجين]

ارتداد أحد الزوجين يوجب الفراق، فإن ارتد الزوج لم يصح أن تكون مسلمة تحت كافر، وكذلك إن ارتدت الزوجة إلى[٢] المجوسية؛ لأن المجوسية لا تكون زوجة لمسلم، ويختلف إذا ارتدت إلى النصرانية، أو ارتد الزوج وتحته نصرانية؛ فقيل: يقع الفراق في الموضعين جميعاً.

وقال مالك في "المدونة": إذا ارتد وقعت الفرقة بينه وبين زوجاته إذا كن مسلمات[٣].

وقال علي بن زياد وابن أشرس عن مالك[٤]: إذا ارتدت المرأة إلى المجوسية وزوجها مسلم وقعت الفرقة بينهما. فخص مالك الفرقة بارتداده[٥] إذا كان الزوجات مسلماتٍ، وخص الآخران ارتدادهم إلى المجوسية.

وقال أصبغ في "كتاب ابن حبيب": إن ارتد[٦] وزوجاته[٧] نصرانيات أو

---

(١) في (ح) و(ش١): (وأرى).

(٢) قوله: (إلى) ساقط من (ب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢١٥.

(٤) قوله: (عن مالك) ساقط من (ب).

(٥) في (ب): (بارتدادهما).

(٦) قوله: (إن ارتد) ساقط في (ب).

(٧) زاد في (ب): (كتابية).

يهوديات فلا يحال بينه وبينهن، ولا يحرمن عليه إن عاود الإسلام؛ لأن الله عز وجل قال: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: ١٠]، وقال في الرجال: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾(١) فأجرى حكم الارتداد، وحكم(٢) ما كان يصح أو يفسد في أصل العقد على الدِّين الذي ارتد إليه، فتقع الفرقة في الموضع الذي لا يجوز أن يبتدئ عقد النكاح عليه، ولا تقع في الموضع الذي يجوز أن يبتدئه.

فإذا ارتد وتحته نصرانية، أو ارتدت هي إلى النصرانية أو إلى اليهودية(٣) لم يفرق بينهما لما كان جائزاً أن يعقد النكاح(٤)، وهما على ذلك الدين.

وقد احتج من نصر القول الأول بقوله عز وجل: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾ [الزمر: ٦٥]، قال: وهذا عمل، وليس بصحيح، والمراد بالآية الأعمال التي كانت لله سبحانه، وهذه تباعات بين آدميين، ولا خلاف أن الردة لا توجب نقض ما تقدم من تباعات الآدميين(٥).

وإن كانت الزوجة نصرانية، فارتدت إلى اليهودية؛ لم يفرق بينهما، وليس علينا أن نردها من كفر إلى كفر آخر، وإذا ارتدت إلى المجوسية وقعت الفرقة.

واختلف إذا ارتدا جميعاً الزوج والزوجة في مرة واحدة؛ فقال الشافعي: تقع الفرقة(٦). وقال أبو حنيفة: الزوجية باقية(٧).

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٤/ ٥٠٦.

(٢) قوله: (وحكم) ساقط من (ح).

(٣) قوله: (أو إلى اليهودية) ساقط من (ح).

(٤) قوله: (النكاح) ساقط من (ح).

(٥) قوله: (الآدميين) ساقط من (ح).

(٦) انظر: المجموع شرح المهذب، للنووي: ١٦/ ٣١٦.

(٧) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني: ٧/ ١٣٦.

فصل

[فيما يحكم به في ارتداد أحد الزوجين]

وقال مالك: ارتداد أحد الزوجين طلقة بائنة[١]. وقال في "المبسوط": فسخ. وقيل: طلقة رجعية.

وقال ابن الماجشون في "كتاب ابن حبيب": إن تاب وأدرك زوجته في عدتها كان أحق بها بالطلاق كله، كالمشرك تسلم زوجته، ثم يسلم في عدتها، فإن انقضت عدة هذه وهذه؛ كان إسلام هذه تطليقة، وارتداد هذه تطليقة[٢].

والقول إنه فسخ أحسن، فإن أسلمت لم يقع على الزوج طلاق؛ لأنه كافر، وإن أسلم لم يقع عليه طلاق؛ لأنه لم يطلق، وإنما فعلت فعلاً أوجب الفراق كملكها إياه أو إرضاعها زوجة له صغيرة.

وقال ابن القاسم في المرتد يراجع الإسلام، وقد كان ضيع من فرائضه قبل ارتداده أو كانت عليه نذور فلا شيء عليه، وإن كان حج حجة الإسلام استأنفها، قال: لقول الله عز وجل: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾، قال: ولا يؤخذ بما كان عليه قبل الارتداد، إلا بما لو كان فعله وهو كافر[٣] لأخذ به، كالسرقة والحرابة، وحقوق الناس: القذف، والقصاص، وغيرها.

وإن زنى بعد[٤] أن راجع الإسلام، وكان أحصن قَبْلُ؛ لم يرجم. وقال غيره: فإن راجع الإسلام كان بمنزلة من لم يرتد له[٥].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢٦.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٢.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢٧.

(٤) في (ب): (قبل).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٨٦.

وعليه فإن كان ضيع فرضاً قضاه، ولا يقضي حجة الإسلام إذا كان قد حج، واحتج بقول الله سبحانه: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِي ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ﴾ [البقرة: ٢١٧] وهو أصوب؛ لأنها آية مقيدة تقضي على المطلقة، ولقوله الله عز وجل: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، فإذا غفر له هذا الكفر الذي طرأ بعد الإسلام سقط حكم ذلك الكفر، وبقي على أحكام الإسلام فيما كان قبل.

تم كتاب النكاح الثالث



كتاب الرضاع

النسخ المقابل عليها

1 – (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 – (س) = نسخة الاسكوريال رقم (١٠٨٢)

4 – (ش١)= نسخة الشيخ أبّاه -النباغية (شنقيط)





بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(ب) ٢٦٩/أ

/كتاب الرضاع



باب





في أحكام الرضاع وما يحرم به وما لا يحرم

الأَصلُ في وقوع الحرمة[1] بالرضاع قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ [النساء: ٢٣].

وأبان النَّبي ﷺ أنَّ الابنة من الرَّضاعة، والعمَّةَ، والخالةَ، وبنتَ الأخ، وبنتَ الأخت[2] محرمات بقوله[3] ﷺ: «**إنَّ الرَّضاعة تحرِّم ما تحرم الولادة**[4]»[5].

والمعتبرُ في الرَّضاعة ثمانيةُ أوجه[6]:

أحدها: قدر الرضاع، وهل تحرم المصَّة؟

---

(١) قوله: (الحرمة) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (وبنتَ الأخت) ساقط من (ح) و(س).

(٣) في (ح) و(س) و(ش١): (فقال).

(٤) في (ش١): (ما يحرم من النسب).

(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٩٣٦، في باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم، من كتاب الشهادات، برقم(٢٥٠٣) ومسلم: ٢/ ١٠٦٨، في باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل، من كتاب الرضاع، برقم (١٤٤٤).

(٦) في (ش١): (أقسام).

والثَّاني: هل يقع التحريمُ بما وصل[1] من اللبن من غير الفمِّ؛ كالسعوط، وما وصل من العين والأذن، وبالاحتقان[2]؟

والثَّالث: هل تقع الحرمة باللبن إذا كان فاسداً لا يُغذي مثله[3]، أو خُلِطَ بطعامٍ أو بماءٍ أو بدواء؟

والرَّابع: معرفةُ الصبيِّ المرضَع من الصغر وغيره.

والخامس: هل يكون زوج المرأة أباً؟.

والسَّادس: معرفةُ سن المرأة[4] التي ترضع، وهل تقع الحرمة برضاع الصغيرة أو برضاع الرجل؟

والسَّابع: معرفة من يحرم بالرضاع.

والثَّامن: من يُجتنب من المُرْضِعات.

فأما القدر الذي يحرم به[5] من الرَّضاع فاختلف فيه على أربعة أقوال:

فقيل: المصَّة الواحدة تحرم. وقيل: ثلاث[6] رضعات. وقيل: خمس. وقيل: عشر. وقال مالك: تحرم المصَّة الواحدة[7]. قال أبو الحسن ابن القصار: الاعتبار منه دخوله[8] في البطن.

---

(١) في (ب) و(ح) و(س): (يصل).

(٢) قوله: (وبالاحتقان) في (ش١): (والاحتقان).

(٣) قوله: (مثله) ساقط من (ح) و(س).

(٤) قوله: (سن المرأة) ساقط من (ش١)، وفي (ح) و(س): (سن).

(٥) قوله: (به) زيادة من (ش١).

(٦) قوله: (ثلاث) ساقط من (ح) و(س).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٥.

(٨) في (ب) و(ح) و(س): (حصوله).

يريد: لعموم قول الله عز وجل: ﴿ ٱلَّتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ ولم يخص فوجب تعليق الحكم بما يقع عليه اسم الرضاع إلى أن يأتي ما يخص ذلك من سُنَّةٍ أو إجماعٍ أو دليلٍ، وهو قول عمر، وابن عباس، وطاوس والحسن، وابن المسيب، وعطاء بن أبي رباح، ومكحول، والزهري، والحكم، وحماد، والأوزاعي، والثوري، وأبي حنيفة، ورُوي ذلك عن علي بن أبي طالب وابن مسعود. وقال ابن مسعود وابن الزبير وأبو عبيدة، وأبو ثور: لا يحرم إلا ثلاث[(١)] رضعات. ورُوي ذلك عن سليمان بن يسار، وسعيد بن جبير، وأحمد، وإسحاق[(٢)].

والأصلُ في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها قالت، قال رسول الله ﷺ: «**لا تُحرِّم المصَّة والمصَّتان**»[(٣)].

وحديث أم الفضل قالت، قال رسول الله ﷺ لا تحرم المصة أو المصتان[(٤)] والرَّضْعة والرَّضْعتان»[(٥)].

وفي حديث آخر قالت، قال رسول الله ﷺ: «**لَا تُحَرِّمُ الإِمْلَاجَةُ وَالإِمْلَاجَتَانِ**»[(٦)]. وقد أخرج هذه الأحاديث مسلمٌ في صحيحه. وعلَّقوا الحكم بأقلّ الزيادة وهي رضعة فتكون ثلاثاً.

---

(١) في (ب) و(ح) و(س): (ثلاث).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٥، وتفسير ابن كثير: ٢/ ٢٤٨، ٢٤٩.

(٣) أخرجه مسلم: ٧/ ٣٤٥، في باب تَحْرِيمِ ابْنَةِ الْأَخِ مِنْ الرَّضَاعَةِ، من كتاب الرضاع، برقم (٢٦٢٨).

(٤) قوله: (وحديث أم الفضل قالت، قال رسول الله ﷺ لا تحرم المصة أو المصتان) ساقط من (ح) و(س).

(٥) أخرجه مسلم بنحوه: ٧/ ٣٤٨، في باب في المصة والمصتان، من كتاب الرضاع، برقم (٢٦٣١)

(٦) أخرجه مسلم: ٧/ ٣٤٦، في باب في المصة والمصتان، من كتاب الرضاع، برقم (٢٦٢٩).

وقال الشافعيُّ: لا تحرم إلا خمسُ رضعاتٍ[1].

واختلف في معنى الخمس، والأصلُ في الخمس حديثُ سهلة في سالم قال لها النبي ﷺ: «أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ»[2].

وحديث عائشة رضي الله عنها قالت: كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ: عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ. ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ، فَتُوُفِّيَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَهُنَّ فِيمَا نَقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ»[3]. فذهبت عائشة وحفصة رضي الله عنهما إلى عشر رضعات.

وقال مالك في الموطأ: أرسلت عائشةُ سالماً إلى أختها أمّ كلثوم بنت أبي بكر، فقالت: أرضعيه عشر رضعات حتى يدخل عليَّ. قال سالم: فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات، ثم مرضت فلم ترضعني غيرها، فلم أكن أدخل على عائشة من أجل أنَّها لم تتم لي عشر رضعات[4].

وعن حفصة: أنَّها أرسلت بعاصم بن عبد الله بن سعيد إلى أختها فاطمة بنت عمر لترضعه عشر رضعات، وهو حينئذ صغير يرضع، فكان يدخل عليها[5].

و مذهب عائشة أن يلتقم الثدي عشر مرات؛ لأنَّها إنما أرادت أن العشر لم تتمَّ بذلك. وأما ما يتجرعه فتحصل العشر في أول رضعة.

---

(١) انظر: الأم، للشافعي: ٥/ ٢٧.

(٢) أخرجه مالك: ٢/ ٦٠٥، في باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر، من كتاب الرضاع، برقم (١٢٦٥)، وأبو داود: ١/ ٦٢٨، في باب من حرم به، من كتاب النكاح، برقم (٢٠٦١).

(٣) أخرجه مسلم: ٢/ ١٠٧٥، في باب التحريم بخمس رضعات، من كتاب الرضاع، برقم (١٠٧٥)، ومالك: ٢/ ٦٠٨، في باب جامع ما جاء في الرضاعة، من كتاب الرضاع، برقم (١٢٧٠).

(٤) أخرجه مالك: ٢/ ٦٠٣، في باب رضاعة الصغير، من كتاب الرضاع، برقم (١٢٦٠).

(٥) أخرجه مالك: ٢/ ٦٠٣، في باب رضاعة الصغير، من كتاب الرضاع، برقم (١٢٦١).

فصل

[فيما تقع به الحرمة من اللبن]

الحرمة تقع بما يصل إلى الحلق من اللَّبن، وسواء كان ذلك برضاع من المولود، أو صبٍّ في حلقه من غير رضاع. قال مالك: والوجور يحرم[١].

قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ:[٢] وهو ما صُبَّ/ من تحت اللِّسان. واللَّدود: ما صُبَّ من جانب الشِّدق. ولديدا الوادي: جانباه. وقد قيل في الوَجُوْرِ واللَّدود غير هذا، وليس بحسن[٣]، والأول أصح.

(ب) ٢٦٩/ب

ويُختلف في أربعٍ: في السَّعُوط، وما يصل من العين مع الكحل، أو من الأذن، وفي الحقنة.

فقال ابن القاسم في المدونة في السَّعُوط: إن وصل إلى جوف الصَّبيِّ حرم[٤].

وقال مالك في "كتاب ابن حبيب": في السَّعُوط[٥] يحرم[٦]. وقال عطاء بن أبي رباح: لا يحرم.

وقول مالك أحسن؛ لأنَّه منفذ متسع يصل منه قدر المصَّة، فلا يمنع التَّحريم[٧] إلا على القول بالثَّلاث رضعاتٍ أو بالخمس.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٥.

(٢) قوله: (قال الشيخ رَحِمَهُ اللهُ) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٣) قوله: (وليس بحسن) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٥.

(٥) قوله: (في السَّعُوط) ساقط من (ح) و(س).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٤.

(٧) قوله: (فلا يمنع التَّحريم) في (ب): (ولا وجه لمنع التحريم بذلك)

ومحمل قول ابن القاسم: إن كان وصل إلى الجوف[1]؛ ليس ببين، لأنه ليس بكبير فيخبر عن نفسه؛ إلا أن[2] يريد أن وصوله مشكوكٌ فيه، فقوله ذلك عبارة عن الوقوف، كأنَّه يقول: إنما تقع الحرمة إذا وصل إلى الجوف[3]، ولا يدري هل وصل؛ لأنَّه ليس بكبير فيخبر بوصوله.

وقال ابن حبيب في الكحل ينماع[4] باللبن: إن كان بعقاقير تصل إلى الجوف؛ مثل الصبر المر[5] والعَنْزَرُوت[6] يُحَرِّم[7][8]، وهذا ضعيف؛ لأنَّ اللبنَ مستهلكٌ في الدَّواء.

وقد اختلف عن مالك[9] في وقوع الحرمة بمثل ذلك وإن كثر وصبَّ في الحلق[10]؛ فكيف بما وصل من العين.

وقد اختلف عن مالك في وقوع الفطر بجملة ما وصل من العين، فوقوع الحرمة بالجزء الذي فيه من اللبن أبعدُ، وعلى هذا يجري الجواب فيما وصل من الأذن.

---

(١) قوله: (الجوف) في (ش١): (جوفه).

(٢) قوله: (ليس ببين، لأنه ليس بكبير فيخبر عن نفسه؛ إلا أن) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٣) قوله: (إلى الجوف) ساقط من (ح) و(س)

(٤) قوله: (ينماع) في (ش١): (يساغ). وينماع: يذوب. قال ابن منظور: يَنْماعُ المِلْحُ في الماءِ أَي يَذُوبُ ويجري. انظر لسان العرب: ٨/ ٣٤٤.

(٥) قوله: (المر) في (ش١): (والمر).

(٦) العنزروت والأنزروت كحل فارسي وهو عبارةعن "صمغ يؤتى به من فارس فيه مرارة منه أبيض وأحمر". انظر: تاج العروس: ٣٠/ ٣١٧.

(٧) قوله: (يُحَرِّم) في (ش١): (حرم).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٤.

(٩) قوله: (عن مالك) زيادة من (ب)

(١٠) قوله: (الحلق) في (ش١): (الحلقوم).

وقال ابن القاسم في الحقنة[1]: تحرِّم إذا كانت تكون له غذاء. قال محمد: إذا كان لو لم يكن يطعم ويسقى[2] إلا بالحقن لعاش به، وإلا لم يحرم. وقال ابن حبيب: يحرم لأنه يصل[3] إلى الجوف[4].

ولا أرى أن يحرِّم؛ لأنه لا يُغذِّي[5] الجسم ولا يتصرف في العروق إلَّا ما وصل من المِعَا الأعلى.

فصل

[فيما إذا فسد اللبن في الثدي]

وإذا فسد اللبنُ في الثدي[6] وخرج عن منفعة اللبن؛ لم يحرِّم، لأنه لا يغذي ولا ينفع منفعة اللبن[7].

وقال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون: إذا حلب من ثدي المرأة ماء أصفر لم يحرِّم، ولا يحرِّم من اللبن[8] إلا ما يكون غذاءً، ويُغني عن الطعام[9].

واختلف إذا خلط اللبنُ بطعامٍ أو بدواءٍ؛ فقال ابن القاسم: لا يحرِّم إلا ما

---

(١) الحُقْنَة: هو أن يُعطَى المريضُ الدَّواء من أسْفَله. انظر: النهاية في غريب الحديث، لابن الجزري: ١/ ١٠١٧.
(٢) في (ش١): (ولا يسقى).
(٣) في (ش١): (وصل).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٤.
(٥) في (ش١): (أن يحرم ما لا يغذي).
(٦) قوله: (في الثدي) ساقط من (ش١).
(٧) قوله: (لأنه لا يغذي ولا ينفع منفعة اللبن) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).
(٨) قوله: (ولا يحرِّم من اللبن) ساقط من (ح) و(س).
(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٤، ٧٥.

كان اللبن غالباً، وهو أحسن[١]. وقال مطرف وابن الماجشون في "كتاب ابن حبيب": يحرِّم وإن لم يكن غالباً[٢].

وهو أحسن إذا خلط بطعام؛ لأن منفعته موجودة[٣] وليس منفعة الطعام بانفراده كمنفعته مخلوطاً بلبن، وهو في الدواء أشكل؛ فقد يخلط بدواء مبرح[٤] أو بما يبطل منفعته وينقله عن كونه غذاء، وإن خُلط بما لا يبطل كونه غذاءً؛ حَرَّم.

والحُرمة تقع باللبن النَّجسِ كالطَّاهر؛ لأنَّ نجاستَه لا تخرجه عن كونه مغذِّياً. وإن ارتضع صبيٌّ امرأةً ميتةً؛ كانت له أمًّا، إذا علم أن في ثديها لبناً؛ وإن كان قد نجس بموتها.

فصل

[في السن التي يحرم فيها الرضاع]

الرَّضاع يحرِّم إذا كان المرضَع في الحولين؛ لقول الله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

واختلف في موضعين:

أحدُهما: فيما زاد على الحولين إلى ثلاثة أشهر.

والثَّاني: إذا فُطِمَ قبل الحولين وانتقل عيشه إلى الطَّعام ثُمَّ يرضع.

فأمَّا الزيادة فاختلف فيها على أربعة أقوال:

فقال مالك في "المختصر": إن كانت الزيادة الأيام اليسيرة؛ حرم[٥].

---

(١) قوله: (وهو أحسن) زيادة من (ش١). انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٤.

(٣) قوله: (لأن منفعته موجودة) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٤) قوله: (مبرح) زيادة من (ش١).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٥.

وقال في "الحاوي" مثل نقصان الشهور. وإليه ذهب[١] سحنون[٢].

وقال أبو الحسن ابن القصار: يحرم بمثل زيادة[٣] الشهر. قال: وليس بالقياس؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]. يريد أنَّ القياس ألَّا يزاد على الحولين[٤].

وروى عنه عبد الملك أنَّه قال[٥]: لا يزاد على الشهر ونحوه[٦].

وقال في "المدونة": الشهر والشهرين[٧]. وروى عنه الوليد بن مسلم في "مختصر ما ليس في المختصر": أنَّه يحرِّم إلى ثلاثة أشهر. وهو أحسن.

ومحمل الآية في السنتين أنَّها كافية للمرضع، وليس أنَّه لا منفعة له فيما زاد، ولقول النبي ﷺ: «لاَ يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلاَّ مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ فِي الثَّدْيِ وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ» وهذا حديث صحيح ذكره الترمذي[٨].

فعلَّق التحريم بما كان قبل الفطام، وقبل أن ينتقل غذاؤه عن اللبن[٩]، وهذا لم يفطم، واللبنُ قوامُ جسمه يشبع لوجوده ويجوع لعدمه، وهذا إذا كان

---

(١) زاد بعدها في (ح) و(س): (ابن).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٥.

(٣) قوله: (زيادة) ساقط من (ح) و(س).

(٤) قوله: (وقال أبو الحسن ابن القصار... على الحولين) جاء متأخرا في (ش١) بعد قوله: (وروى عنه عبد الملك... الشهر ونحوه).

(٥) قوله: (قال) ساقط من (ح) و(س).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٥.

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٧.

(٨) أخرجه الترمذي: ٣/ ٤٥٨، في باب ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم في الصغر دون الحولين، من كتاب الرضاع، برقم (١١٥٢)، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٩) قوله: (عن اللبن) في (ش١): (من الدم).

مقصوراً على الرَّضاع، أو يأكل مع ذلك ما يضرُّ به الاقتصارُ عليه دون الرضاع.

وقال ابن القاسم: إن فُطِمَ ثُم أرضعته امرأةٌ بعد فصاله بيوم أو يومين أو ما أشبه ذلك؛ حرم. قال: لأنَّه لو أُعيد إلى اللبن لكان له قوةً في غذائه، وعيشةً[1] له[2].

(ب ١/٢٧٠)

واختلف إذا فطم بعد السنة و[3] انتقل عيشُه إلى الطَّعام/ ثم أرضعتْه امرأةٌ بعد ذلك[4] قبل تمام الحولين؛ فقال ابن القاسم: لا يحرم. وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ في "كتاب ابن حبيب": يحرم إلى تمام الحولين[5].

وأرى إن كان الرضاع مصَّة ومصَّتين ألا يحرِّم، وإن أعيد إلى الرَّضاع وأسقط الطعام حَرَّم.

---

(١) في (ش١): (وعيش).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٨.

(٣) قوله: (فطم بعد السنة و) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٤) قوله: (بعد ذلك) زيادة من (ش١).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٥.

فصل

[في رضاع الكبير]

ولا يحرِّم رضاع الكبير؛ لقوله ﷺ: «لاَ رَضَاعَ إِلاَّ مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ، وَكَانَ فِي الثَّدْيِ قَبْلَ الْفِطَامِ»[١]. وحديث عائشة ﵂ قالت: دخل عليّ رسولُ الله ﷺ وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه، فقلت: يا رسول الله إنه أخي من الرضاعة، فقال: «انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ». أخرجه البخاري ومسلم[٢].

يريد: أن اللبن[٣] الذي يحرم ما كان في وقت ينتفع به الجسم، ولا يعترض ذلك[٤] بحديث سالم؛ لأنه نازلة في عين، والحديثان الآخران في جميع المواضع، ولقول أزواج النَّبي ﷺ: مَا نَرَى ذَلِكَ إِلا رُخْصَةً لِسَالِمٍ وَحْدَهُ[٥].

ولم يأخذن به في غيره وهن باشرن النازلة[٦] فرأين أنها مقصورة عليه[٧] وممن قال لا رضاعَ لكبيرٍ؛ عمر، وابن مسعود، وابن عمر، وأبو هريرة، وابن عباس، وأم سلمة، وفقهاء الأمصار[٨][٩]؛ مالك، والشافعي، وأبو حنيفة[١٠].

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ إسحاق بن راهوية في مسنده: ٤/ ١١٩.

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢/ ٩٣٦، في باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم، من كتاب الشهادات، برقم (٢٥٠٤)، ومسلم: ٢/ ١٠٧٨، في باب إنما الرضاعة من المجاعة، من كتاب الرضاع، برقم (١٤٥٥).

(٣) قوله: (اللبن) ساقط من (ح) و(س).

(٤) في (ش١): (هذا).

(٥) أخرجه النسائي: ١٠/ ٤٦٥، في باب رضاع الكبير، من كتاب النكاح، برقم (٣٢٧٢).

(٦) قوله: (باشرن النازلة) بياض في (ش١).

(٧) قوله: (فرأين أنها مقصورة عليه) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٨) قوله: (فقهاء الأمصار) ساقط من (ش١).

(٩) قوله: (وفقهاء الأمصار ساقط من (ح) و(س).

(١٠) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٧، ٢٩٨، والأم: ٥/ ٢٨، والمبسوط: ٦/ ٣٧٥.

فصل

[في رضاع الصبي من الصبية الصغيرة]

وإن ارتضع صبيٌ صبيةً صغيرةً كانت أمًّا، هذا الظَّاهر من المذهب: ألا يُراعى سنّ المُرضِعة صغيرةً كانت أو كبيرةً[1].

وقال ابن الجلاب: إن كانت صغيرةً مثلُها لا توطأ[2] لم تقع به حرمة[3]. والأوَّلُ أبينُ؛ لأنَّه لبن من آدميّة غُذي به صغير وانتفع به، وقياساً على الآيسة[4]، ولعموم الآية.

واختلف في رضاع الرَّجل، فقال مالك: لا يحرم لقوله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. قال: ولا أرى هذا أمًّا[5].

وقال ابن شعبان: روى أهل البصرة عن مالك والشافعي: أنهما كرها نكاحها.

وقال أبو الحسن ابن اللباد[6] صاحب "الفرائض": تقع به الحُرمة، وإليه ذهب بعض شيوخنا. وهو أبين؛ لأنَّه إذا كانت الحرمةُ بما يكون من اللبن عن وطئه كانت الحرمة بمباشرة لبنه للولد أولى؛ وقول الله عز وجل ﴿وَأُمَّهَـٰتُكُمُ﴾؛ لأنَّه الغالب، والشأنُ في نزول القرآن على ما يكون غالباً، فإن جاء ما يكون نادراً من جنسه وكان في القياس مثله ألحق به.

---

(١) زاد في (ح) و(س): (أو أيمة)، وفي (ش١): (أو يائسة).

(٢) في (ح) و(س): (يرضع).

(٣) انظر: التفريع: ١/ ٤٣٤.

(٤) في (ح) و(س): (اليائسة).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٣.

(٦) في (ب): (اللبان)، وفي (ش١): (القصار).

وقد يحمل قول مالك في الكراهية على التحريم؛ لأن كثيراً ما يعبر بذلك عن ما يحرم.

فصل

[في زوج الظئر هل يصير أبا بالرضاع]

واختلف في زوج الظئر هل يكون أبا للمرضع[1]. فقال مالك: يكون أباً[2]؛ لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: جَاءَ أَفْلَحُ أَخُو أَبِي الْقُعَيْسِ[3] يَسْتَأْذِنُ عَلَيَّ بَعْدَ أَنْ نَزَلَ الْحِجَابُ، فَأَبَيْتُ أَنْ آذَنَ لَهُ، وَسَأَلْتُ رَسُولَ الله ﷺ، فَقَالَ: «**إِنَّهُ عَمُّكِ، فَأْذَنِي لَهُ**» فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ الله، إِنَّمَا أَرْضَعَتْنِي الْمَرْأَةُ، وَلَمْ يُرْضِعْنِي الرَّجُلُ. فَقَالَ: «**إِنَّهُ عَمُّكِ، فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ**». اجتمع[4] عليه البخاري ومسلم و"الموطأ"[5].

والعمُّ من الرَّضاعة على ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: أن يكون الأبُ من النَّسب له أخ من الرضاعة.

والثَّاني: أن يكون الأبُ من الرَّضاعة له[6] أخ من النسب.

والثالث: أن يكون الأب من الرضاعة وله أخ من الرضاعة[1]، والذي في

(١) قوله: (هل يكون أبا للمرضع) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٦.

(٣) في (ش١): (أخو أبي من الرضاعة).

(٤) في (ح) و(س): (أجمع).

(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري: ٤/ ١٨٠١، في باب تفسير سورة الأحزاب، من كتاب التفسير، برقم (٤٥١٨)، ومسلم: ٢/ ١٠٦٩، في باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل، من كتاب الرضاع، برقم (١٤٤٥)، ومالك: ٢/ ٦٠١، في باب رضاعة الصغير، من كتاب الرضاع، برقم (١٢٥٥).

(٦) قوله: (له) ساقط من (ح) و(س).

حديث عائشة -رضي الله عنها- أنَّ الأب من الرَّضاعة[٢]، ولم يكن أفلح أخاً لأبي بكر.

وقال مالك في "المبسوط": نزل ذلك برجال من أهل المدينة فاختلف النَّاس عليهم؛ فأما محمد بن المنكدر، وابن أبي خيثمة؛ ففارقوا نساءهم. قال: وقد اختلف الناس في ذلك قديماً، فأقام ناس على الرضاعة أنها لا تحرم من قبل الأب. وبالتَّحريم قال عليّ، وابن عباس، وطاووس، والأوزاعي، والثوري، وأحمد، وإسحاق، والشافعي، وأبو حنيفة، وداود، وخالف في ذلك ابن عمر، وابن الزبير، وعائشة.

وقال مالك[٣] في "الموطأ": كانت عائشة يدخل عليها من أرضعته أخواتها، وبنات أخواتها[٤]، ولا يدخل عليها من أرضعته نساء إخوتها[٥][٦].

فصل

[في لبن الفحل]

اللبنُ يكون للفحل بوجهين:

أحدُهما أن يكون ماؤه سبباً لوجود اللبن.

والثَّاني: أن يكون سبباً لكثرته، وإن كان موجوداً قبل وطئه.

ويصحُّ وقوع الحرمة بوجه ثالثٍ، وهو مباشرة مائه للولد وهو في البطن

=

(١) قوله: (من الرَّضاعة له أخ من النسب... وله أخ من الرضاعة) بياض في (ش١).

(٢) قوله: (والذي في حديث عائشة رضي الله عنها أنَّ الأب من الرَّضاعة) ساقط من (ح) و(س).

(٣) قوله: (مالك) ساقط من (ش١).

(٤) في (ح) و(س) و(ش١): (أخيها).

(٥) في (ش١): (أخواتها).

(٦) أخرجه مالك: ٢/ ٦٠٤، في باب رضاعة الصغير، من كتاب الرضاع، برقم (١٢٦٢).

من غير واسطة؛ لأنَّ ماءه حينئذ ينعشه[1] ويجري فيه.

فالأول: أن يتزوَّج امرأةً ولا لبن لها فأصابها فدرت لذلك، أو تحمل فتلد فترضع بذلك اللبن، فإن الزوج بذلك أب؛ لأنَّه سبب[2] وجود ذلك[3] اللبن وعن مائه كان، فإن تزوج امرأةً ذات لبنٍ ولم يتقدم لها زوجٌ فأصابها وأنزل؛ كان به[4] أباً؛ لأنَّه بالإنزال شارك[5] في اللبن؛/ لأنَّ ماءه يكثره، فإن كانت ذات لبن من زوج كان قبله فأصابها الثاني؛ كان المُرضَع ابناً لهما، فالأول[6] لأنه سبب وجوده، والثاني لأنه سبب كثرته.

(ب) ٢٧٠/ب

واختلف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال[7]؛ فقال مالك في "المدونة": هو ابن لهما وإن حملت من الثاني[8].

وقال في "كتاب محمد": هو ابن لهما[9] وإن ولدت من الثاني.

وفي "مختصر الوقار": بالولادة ينقطع حكم الأول. وفي كتاب ابن شعبان عن ابن وهب: أنه بوطء الثاني ينقطع حكم الأول.

وأرى إن كان الأول سبباً لوجود اللبن ألا يسقط حكمه وإن ولدتْ من

---

(١) في (ح) و(س): (ينفشه).

(٢) قوله: (سبب) يقابله في (ش١): (فإن الزوج بذلك كان سبب).

(٣) قوله: (ذلك) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٤) في (ح) و(س): (له).

(٥) في (ح) و(س) و(ش١): (مشارك).

(٦) في (ح) و(س): (بالأول).

(٧) قوله: (على ثلاثة أقوال) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٦.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٧.

الثَّاني وطالت المدة بعد الولادة، إلا أن ينقطع اللبن ثم يعود؛ فيعود الحكم فيه للثاني إن عاود الإصابة، وإن كان اللبن موجوداً قبل الأول، وإنما تعلق حكمه من الأول؛ لأنه كثَّره، فإنه إذا طال عهده مما يرى أنه عاد(١) إلى ما كان عليه قبل وطء الأول؛ سقط حكم الأول.

وإن أصاب رجل زوجته وهي ذات لبن من غيره قبل إصابته(٢)، ثم أمسك عنها أو غاب فطالت غيبته، أو مات وعاد اللبن إلى ما كان عليه قبل؛ سقط حكم الوطء.

وإن تزوج(٣) امرأة وحملت وولدت، ثم طلقت فتزوجها ثان وأصابها، ثم طلقها وتزوجها ثالث واللبن الكائن عن ولادة الأول قائم وطالت المدة عن إصابة الأوسط؛ سقط حكم الأوسط وبقي حكم الأول والثالث؛ لأن الأوسط إنما كان له(٤) في التكثير خاصةً والطول يسقط حكمه والأول سببُ وجوده فلا يسقط إلا بانقطاعه.

---

(١) في (ح) و(س): (كان يعود).

(٢) قوله (قبل إصابته) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٣) في (ح) و(س): (تزوجت).

(٤) قوله: (له) ساقط من (ش١).

فصل(١)

[في أن الحرمة تقع بلبن الواطئ إذا أنزل]

والحرمة تقع باللبن من الواطئ إذا أنزل، وبه يكون أباً، فإن لم ينزل لم يحرِّم؛ لقول النبي ﷺ: «لا تَسْقِ مَاءَكَ(٢) زَرْعَ غَيْرِكَ»(٣). فنصَّ على الماء. ولقوله: الماء يغيل اللبن(٤).

فجعلوا الموجب لكثرته الماء، وهو الموجب للشرك في اللبن؛ وللإجماع على أنَّه إن لاعب أو قبَّل أو باشر فدرت لذلك؛ لم يكن به أباً وإن كان هو السبب لوجوده.

فصل

[في أن اللبن يكون للفحل]

اللبن يكون(٥) للفحل إذا كان الوطء حلالاً، والحرام على ثلاثة أوجه: حرامٌ يلحق فيه النَّسب، وحرامٌ لا يلحق فيه النسب(٦) ويحد الواطئ، وحرامٌ لا يلحق به مع ارتفاع الحد.

---

(١) قوله: (فصل) ساقط من (ح) و(س).

(٢) في (ش١): (لا يسق ماؤك).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٢/ ٦٤، من كتاب البيوع، برقم (٢٣٣٦) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وله شاهد عند أبي داود في مسنده: ١/ ٦٥٤، في باب في وطء السبايا، من كتاب النكاح، برقم (٢١٥٨)، والترمذي: ٣/ ٤٣٧، في باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل، من كتاب النكاح، برقم (١١٣١)، وقال: هذا حديث حسن.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٦.

(٥) قوله: (يكون) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (النسب) زيادة من (ش١).

فإن كان حراما يلحق فيه النَّسب؛ وقعتْ به الحُرمة، كالذي يتزوج خامسةً جاهلاً، أو أخته من الرَّضاعة، أو ما أشبه ذلك، وكذلك إذا كان عالماً بتحريمه على القول الأخير فيه.

واختلف في وقوع الحُرمة إذا كان حراماً لا يلحق فيه النَّسب، فقال ابن حبيب: تقع به الحرمة وإن كان بزنا، أو غصب، أو نكاح يلحق فيه الولد، أو لا يلحق. وهو قول مالك الذي ثبت عليه. وقد كان قال: إن كل وطء[1] لا يلحق فيه الولد[2]؛ فالرَّضاع تبعٌ للولد ولا تقع به حرمة[3]. وسوَّى بين ما يكون فيه الحدّ على الواطئ وغيره، فأوقع به الحُرمة مرةً، ومرةً لم[4] يوقع به حرمة.

وقال محمد: وكل ولد يلحق بأحد الزوجين، إلا أن المقضي[5] له به لو انتفى منه[6] بلعان للحق بالآخر؛ كان لبنها ذلك يحرم من قبل الذي لم يلحق به ويكون من شرب أو رضع من[7] لبنها ابناً للزوجين[8] جميعاً، وكأنه فرق بينه وبين الزنا.

واختلف في أربع مسائل كلها يُدرأ فيها الحدُّ ولا يلحق النسب:

---

(١) قوله: (كل وطء) في (ح) و(س): (كان وطءا).

(٢) زاد في (ب): (بواطئه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨١، ٨٢.

(٤) قوله: (لم) في (ش١): (لا).

(٥) في (ح) و(س): (القضاء).

(٦) في (ب) و(ح) و(س): (منعه).

(٧) قوله: (أو رضع من) ساقط من (ش١).

(٨) في (ح) و(س): (للرجلين).

أحدُها: إذا أصاب ماؤه الولد وهو في البطن، مثل أن يطأ أمته وهي حامل من غيره، فقال مالك وابن القاسم وسحنون: تقع به الحرمةُ من الواطئ في ذلك الحمل(١).

وقال مالك في "كتاب ابن حبيب": فيمن وطئ أمته وهي حامل من غيره(٢)؛ يعتق ذلك الولد على الواطئ من غير حكم، وإن كانت جاريةً لم يحل(٣) له وطؤها(٤). وروي(٥) عن الليث وغيره أنها تُعتق بحكم(٦). فاتفقوا في وقوع الحرمة واختلفوا في العتق؛ فرأى مالكٌ أنَّه لما كان خلق الولد من غيره كان منزلة الثاني منزلة الرضاع يحرم(٧) ولا يعتق(٨). ورأى الليث أن انتعاش(٩) الولد لما كان في موضع يتم خلقه كالشرك في تمام الخلق(١٠).

وقال سحنون في "السليمانية": إذا ولدت تلك الأمة جارية فوهبها السيد لولده(١١) لم تحل لولده؛ لأنَّ وطء الأب سقى الولد فأوقع الحرمة ولم يوجب به عتقاً؛ لأنَّه أجاز هبتها، فهي في الحرمة ابنة له وأخت لابنه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٢.

(٢) قوله: (فيمن وطئ أمته وهي حامل من غيره) ساقط من (ش١).

(٣) في (ش١): (تحله).

(٤) قوله: (له وطؤها) ساقط من (ش١).

(٥) في (ح) و(ش١): (وذكر).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ١٣/ ١٢٦.

(٧) قوله: (يحرم) ساقط من (ش١).

(٨) في (ش١): (ولا تعتق).

(٩) في (ح) و(س): (انتفاش).

(١٠) قوله: (في تمام الخلق) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(١١) قوله: (إذا ولدت تلك الأمة جارية فوهبها السيد لولده) في (ح) و(س): (رجل وطئ أمته وهي حامل بغيره فولدت جارية).

والثَّاني: إن تزوج امرأة وأتت بولد لأقل من ستة أشهر، ففرق بينها وبين الثاني فأرضعت صبياً؛ فقال مالك في كتاب محمد: يكون ابناً لهما[١]./

(ب ٢٧١/أ)

قال ابن القاسم: وإن لم يكن لها لبن متحرك[٢]؛ لأن الوطء يخرجه[٣] وينزل الدر[٤].

يريد: إذا كان اللبنُ قريباً من الوطء، فإن بعد ما بينهما وصار لها لبن على العادة التي تكون من الحامل عند الوضع؛ ضعف أمر الثاني، لأنه ليس سبباً له[٥] ولا له فيه شرك.

والثالث: الأمة يصيبها الرجلان فتأتي بولد لتلحقه القافة بأحدهما؛ فإنه تقع الحرمة بينه وبين الذي لم يلحق به، وهو قول محمد[٦].

والرابع: إذا تزوج امرأة في العدة وأصابها قبل حيضة، أو اشترى أمة فأصابها قبل الاستبراء فصار لها لبن؛ فإن الحرمة تقع به من الوطء الثاني.

وقال ابن شعبان في هاتين: لا حكم للثاني. ومحله الأول، قال: وكذلك الأمة يغشاها اثنان في طهر واحد[٧] وتحمل فتلحقه القافة بأحدهما وتسقط[٨] أبوة الآخر.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٣.

(٢) قوله: (لها لبن متحرك) في (ش١): (متحركًا).

(٣) في (ح) و(س): (يحركه).

(٤) قوله: (الدر) بياض في (ش١).

(٥) قوله: (عند الوضع؛ ضعف أمر الثاني، لأنه ليس سبباً له) في (ش١): (عند الوضع معه أمر الثاني، ولأنه ليس بسبب له).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٢.

(٧) قوله (واحد) ساقط من (ب).

(٨) قوله: (وتسقط) في (ش١): (ويسقط).

وكذلك جعل الجواب إذا وطئ حاملاً من غيره. قال: وإن كان قد غدا في سمعه وبصره؛ فلا ينظر إلى ما[١] أحيا ما له[٢] أصل ثابت.

وكل[٣] هذا بخلاف ما تقدم لمحمد وغيره، وهو أحد قولي مالك في "كتاب ابن حبيب"، والأول أصوب؛ لقول النبي ﷺ: «**لا تَسْقِ مَاءَكَ[٤] زَرْعَ غَيْرِكَ**»[٥]. ولحديث أبي الدرداء، قال: أَتَى النَّبِيُّ ﷺ عَلَى امْرَأَةٍ مُجِحٍّ عَلَى بَابِ الفُسْطَاطِ -يريد من السبي- فَقَالَ: «**لَعَلَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُلِمَّ بِهَا؟**» قَالُوا: نَعَمْ. قَالَ: «**لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنَهُ لَعْنَةً تَدْخُلُ مَعَهُ[٦] فِي قَبْرِهِ، كَيْفَ يُوَرِّثُهُ وَهُوَ لاَ يَحِلُّ لَهُ، وَكَيْفَ يَسْتَخْدِمُهُ وَهُوَ لاَ يَحِلُّ لَهُ**». أخرجه مسلم[٧].

فرأى النبي ﷺ أنه لو وطأ لصار له به[٨] شركٌ يمنعه أن يستخدمه أو يورث عنه. وفيه دليل لمن قال: يعتق عليه، ولو كان بمنزلة الرضاع؛ لجاز له ملكه واستخدامه وورث عنه.

وأما الزنا؛ ففرق محمد بين الولد الذي تلده[٩] عن ذلك الزنا وبين اللبن، فأوقع الحرمة بينه وبين الولد إن ولدت صبيا[١٠]. قال: وإن أرضعت بذلك

---

(١) قوله: (ما) ساقط من (ب) و(ش١).

(٢) قوله: (له) في (ش١): (به).

(٣) قوله: (وكل) في (ح) و(س): (وكان).

(٤) قوله: (لا تسق ماءك) في (ش١): (لا يسق ماؤك).

(٥) سبق تخريجه، ص: ٢١٥٥.

(٦) قوله: (تدخل معه) في (ش١): (يدخل بها).

(٧) أخرجه مسلم: ٤/ ١٦١، في باب تحريم وطء الحامل المسبية، من كتاب النكاح، برقم (٣٦٣٥).

(٨) قوله: (به) ساقط من (ب).

(٩) في (ب): (يلده)، وفي (ش١): (يلد).

(١٠) قوله: (صبيا) في (ح) و(س) و(ش١): (صبية).

اللبن صبية، ثم تزوجها الذي زنا بالتي أرضعتها لم أحكم بفراقها، وإن كنت أحب أن يجتنبها[(١)].

فصل

[فيمن يحرم بلبن الفحل]

وإذا كان اللبن للفحل فإنَّه يحرم عليه من ارتضع ذلك اللبن؛ لأنَّها ابنته، وبناتها[(٢)] وبنات بناتها وبنات بنيها؛ لأنهنَّ ولد ولد، وَتُحَرِّمُ تلك الصَّبيةُ[(٣)] على ابنها بنات ذلك الفحل؛ لأنهن أخواته، وأمهاته لأنهن جداته، وأخواته لأنهن عماته، وزوجاته لأنهن زوجات أب.

وإذا كان لرجل امرأتان فأرضعت إحداهما صبياً والأخرى صبية؛ لم يتناكحا لأنهما أخوان لأب. وامرأة الابن من الرضاع حرام.

وقال محمد في صغير في الحولين يرضَع زوجة[(٤)] أبيه أو وصيه -امرأة بالغة- ثُم فرق بينهما فتزوجت رجلاً وولدت منه[(٥)]، ثُم أرضعت بذلك اللبن الزوج الذي فرقت منه؛ فإنَّها تحرم على الزوج الثَّاني، لأنها من حلائل الأبناء[(٦)].

ولو زوج السيد عبداً صغيراً يرضع في الحولين أمة كبيرة، ثُم وطئها السيد فحملت فولدت فأرضعت بلبنها ذلك زوجها في الحولين قبل فطامه؛ حرمت

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٣.

(٢) قوله: (وبناتها) ساقط من (ح) و(س).

(٣) قوله: (الصبية) ساقط من (ش١).

(٤) في (ب): (زوجه).

(٥) قوله: (منه) ساقط من (ح) و(س).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٧٩.

على زوجها، لأنَّه صار ولداً لها، وعلى سيدها لأنها حليلة ولده، وتعتق عليه لأنها أم ولد حرم وطؤها.

قال: وكذلك لو لم يصبها السيد وأعتقها واختارت نفسها وتزوجت غيره فحملت وأرضعت بذلك اللبن الصغير الذي كان زوجها[١]؛ لحرمت على الثَّاني لأنَّها من حلائل الأبناء.

وقال ابن القاسم في ذات زوج أرضعت صبياً بلبنه ولها ولد منه وولد[٢] من غيره، ولزوجها ولد من غيرها: إنَّ الصبي الأجنبي يحرم عليه ولدها من هذا الزوج ومن غيره، ويحرم عليه بنات زوجها هذا منها ومن غيرها؛ لأنه أب له[٣].

فصل

[في أن الرضاع يحرم ما يحرمه النسب]

قال الله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ الآية[٤] [النساء: ٢٣]. وكل من ارتضع امرأة كانت بذلك الرضاع أمًّا وابنتها أختاً له بالقرآن[٥]، فتحرم عليه تلك المرأةُ وكلُّ من ولدته وإن لم يرضعها، وكل من ارتضعها وإن لم تلده لأنهن أخواته، ويحرم عليه بناتهن وبنات بناتهن وبنات بنيهن[٦]؛ لأنهن بنات[٧]

---

(١) قوله: (زوجها) في (ح) و(س): (زوجا لها).

(٢) قوله: (منه وولد) ساقط من (ح) و(س).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٠.

(٤) قوله: (الآية) ساقط من (ح) و(س).

(٥) قوله: (له بالقرآن) ساقط من (ح) و(س).

(٦) قوله: (وبنات بنيهن) ساقط من (ب).

(٧) قوله: (أخواته، ويحرم عليه بناتهن وبنات بناتهن وبنات بنيهن؛ لأنهن بنات) ساقط من (ش١).

إخوة[1] وبنات أخوات، وأخوات اللاتي أرضعته لأنهن خالات، وأمهاتها لأنهن جدات.

وإذا كان للمرأة ولدان ولأحد الولدين صبي وللآخر صبية فأرضعت الجدة أحد الأولاد؛ لم يحل أحدهما للآخر، لأنَّها إن أرضعت الصبي صار عمًّا للصبية، وإن أرضعت الصبية صارت عمَّة للصبي.

وإن أرضعت امرأة بنت بنتها؛ لم تحل لابن خالتها، لأنَّها صارت خالة للصبي.

وقال محمد فيمن طلَّق امرأة بعد أن بنى بها أو تلذذ، ثم تزوج مرضعة فأرضعتها المطلقة: حرمت الزوجة على زوجها؛ لأنها من الربائب المدخول بأمهاتهن. ولو أرضعت امرأة أختها، ثم تزوجت/ الكبيرة؛ كانت تلك الأخت بنتاً لها وربيبة لهذا الزوج وله أن يرى شعرها.

(ب) ٢٧١/ب

فصل

[في صفة الظئر]

ويستحب أن تكون الظئر ذات عقلٍ، عفيفةً عن الفاحشة، سالمةً من العيوب التي يتقى حدوث مثلها في المرضع، ويكره أن تكون حمقاء، أو فاجرةً، أو جذماء؛ لما روي عن النَّبي ﷺ أنه نهى عن رضاع الحمقى والفاجرة[2]، وقال: «إِنَّ الرَّضَاعَ يُغَيِّرُ الطِّبَاعَ»[3].

---

(١) قوله: (أخوة) في (ش١): (أخوات).

(٢) قوله: (لما روي عن النَّبي ﷺ أنه نهى عن رضاع الحمقى والفاجرة) ساقط من (ش١).

(٣) أخرجه القضاعي في مسند الشهاب: ١/ ٥٦، برقم (٣٥).

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: إذا استرضع أحدكم فليستحسن[١].

وأرى أن يجتنب مثل[٢] ذلك من زوج الظئر وأخيها إن قدر[٣] على ذلك؛ لأن الولد ينزع إلى الأب والخال.

واختلف في استرضاع النصرانية: فكرهها في "المدونة"[٤] خيفة أن تطعمه الخنزير أو تسقيه الخمر، ولم يكرهه من جهة الدين. قال مالك: وقد يكون لها طباع حسنة من عفاف وسخاء ومحاسن الأخلاق، وليس الطباع في الدين[٥].

وقال في كتاب ابن حبيب: لا بأس ما لم يتخوف أن تطعمه ما حرم الله عز وجل[٦]. وقال ابن القاسم: كان مالك يكرهه، ويقول: إنما غذاء الصبي مما يأكلن، وهن يأكلن لحم[٧] الخنزير ويشربن الخمر[٨].

ففي القول الأول: يجوز إذا كان رضاعه عن أبويه، ويسقط الاعتراض بما تطعمه، ويبقى الاعتراض من جهة اللبن في نفسه؛ لأنه نجس في أحد القولين في عرق السكران؛ لأن الجسم ينجس، ويُنَجِّسُ اللبن بنجاسته ما يكون عنه، ولنجاسة الوعاء، كما قال في[٩] المرأة تموت إن لبنها نجس.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٥.

(٢) قوله: (مثل) ساقط من (ش١).

(٣) في (ش١): (إن كان يقدر).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٥.

(٦) قوله: (وقال في كتاب ابن حبيب: لا بأس ما لم يتخوف أن تطعمه ما حرم الله عز وجل) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٧) قوله: (لحم) ساقط من (ب) و(ش١).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٣.

(٩) زاد في (ب): (لبن).

واختلف في استرضاع الحامل، فوقع في غير موضعه جوازه. وقال في كتاب الإجارة: إن حملت تنفسخ الإجارة. وهو أحسن؛ لأنَّ رضاع الحامل مضر بالولد وربَّما أدَّى إلى موته.

واختلف في الغيلة ما هي؟ فقال مالك: أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع. وقيل: أن ترضعه وهي حامل[1]. والأول أحسن؛ لأنَّ رضاع الحامل مضرٌّ وهو مما نهي عنه[2]، والنَّبي ﷺ لم ينه عن الغيلة وأخبر أنها ليست بمضرة[3][4]، فكان محمله على الوجه الآخر أبين، ولا يحمل على ما علم منه الضرر.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩٧.

(٢) قوله: (وهو مما نهي عنه) ساقط من (ح) و(س).

(٣) في (ش١): (مضرة).

(٤) أخرجه مسلم: ٢/ ١٠٦٦، في باب جواز الغيلة وهي وطء المرضع وكراهة العزل، من كتاب النكاح، برقم (١٤٤٢) بلفظ: (لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم).

باب



في الرجل يتزوج صبية مرضَعةً فترضعها أمه أو أخته، أو يتزوج مرضَعتين فترضعهما[(١)] أجنبية أو امرأة له أخرى



ومن تزوج مرضَعةً[(٢)] فأرضعتها أمُّه أو أخته؛ حرمت عليه ووقعت الفرقة؛ لأنها تصير برضاع أمِّه أختاً له، وبرضاع أخته بنت أخت[(٣)].

قال ابن القاسم: ولا صداق لها على الزوج، ولا على التي أرضعت وإن تعمدت الفساد[(٤)].

وإن تزوج مرضعتين، فأرضعتهما أمُّه أو أخته أو امرأة أجنبية أو امرأة له أخرى؛ افترق الجواب، فإن أرضعتهما أمه أو أخته[(٥)]؛ حرمتا عليه جميعاً لأنهما أخوات أو بنات أخوات، وإن أرضعتهما امرأة أجنبية؛ كان له أن يحبس إحداهما، وهو بالخيار بين أن يمسك التي أرضعت أولاً أو آخراً و[(٦)] يفارق الأخرى.

وكذلك إن أرضعتهما امرأةٌ له أخرى ولم يكن دخل بها؛ كان بالخيار في المرضَعتين[(٧)] يمسك إحداهما ويفارق الأخرى، لأنها ربيبة لم يدخل بأمِّها،

---

(١) زاد بعده في (ب): (امرأة).

(٢) قوله: (مرضَعةً) ساقط من (ش١).

(٣) زاد بعده في (ش١): (له).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٢، ٣٠٣.

(٥) قوله: (أو امرأة أجنبية أو امرأة له أخرى؛ افترق الجواب، فإن أرضعتهما أمه أو أخته) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (و) في (ش١): (أو).

(٧) في (ب): (الموضعين).

وتحرم الكبيرة لأنها من أمَّهات نسائه، فإن دخل بها حرم الجميع، فيحرم الصغار لأنهنَّ الرَّبائب المدخول بأمهاتهن، ولأنهن بناته إذا كان اللبن منه، وتحرم الكبيرة لأنَّها من أمهات نسائه، ولا صداق للكبيرة إن لم يكن دخل بها؛ لأن الفسخ والمنع[١] جاء من قبلها[٢]، ولا صداق للصغار أيضاً[٣] إذا كان قد دخل بالكبيرة؛ لأنَّه فسخ بغير طلاق، ولأنَّه مغلوب على الفراق ولا سبب له فيه، وليس بمنزلة من يكون له فيها خيار، إلا أن يكون هو الآمر للكبيرة بالرضاع فيكون عليه لهما الصداق.

واختلف إذا كان الرَّضاع قبل الدخول بالكبيرة فكان بالخيار في المرضعتين، هل يكون[٤] للتي يفارق صداق[٥]؟

فقال محمد: لها ربع[٦] صداقها؛ لأنه لو فارقهما جميعاً قبل أن يختار كان النصف بينهما. وفي[٧] "كتاب ابن حبيب": لها نصف الصداق. وجعله بمنزلة من طلق بالطوع. وذكر[٨] الشيخ أبو محمد ابن أبي زيد عن ابن القاسم: ألا شيء عليه للتي طلق[٩]؛ لوجوب الطلاق.

---

(١) قوله: (والمنع) ساقط من (ح) و(س).

(٢) قوله: (لأن الفسخ والمنع جاء من قبلها) ساقط من (ش١).

(٣) قوله: (أيضاً) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (يكون) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٥) قوله: (صداق) في (ش١): (صداقها).

(٦) قوله: (ربع) ساقط من (ش١).

(٧) قوله: (وفي) في (ش١): (وقال في).

(٨) قوله: (وذكر) في (ش١): (وحكى).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٠.

ووجه القول[١] بوجوب الصداق؛ لأنه طلاق لا فسخ ولا سبب لها فيه؛ ولأنَّه كان قادراً على أن يختارها ويمسكها دون الأخرى[٢]، ولأنَّ ذلك مصيبة نزلت به كموتها لو ماتت[٣] فإن مصيبة ذلك[٤]/ منه، ويغرم الصداق.

(ب)
٢٧٢/أ

ووجه القول بسقوط الغرم؛ لأنَّه مغلوب على الفراق وإنَّما ورد القرآن بغرم النصف[٥] فيمن طلق طوعاً، ولا يشبه هذا موتها؛ لأنَّ البضع[٦] هاهنا موجودٌ تبيعه، وتأخذ به[٧] العوض من غيره[٨] إن أحبَّت، ففارق الموتَ، وليست كالتي أجذَمت[٩] بعد العقد قبل الدخول[١٠] أنه يغرم نصف الصداق[١١] إن طلق[١٢]؛ لأنَّه في معنى الهالك لا تأخذ له عوضاً[١٣] ولا يتزوجها أحد، وإن تزوجت فيها لا خطب له.

ثُمَّ يختلف في الكبيرة التي أرضعتها، هل تغرم ذلك النَّصف للزوج إن

(١) قوله: (لوجوب الطلاق. ووجه القول) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).
(٢) قوله: (ويمسكها دون الأخرى) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).
(٣) قوله: (لو ماتت) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).
(٤) قوله: (مصيبة ذلك) في (ح) و(س) و(ش١): (المصيبة).
(٥) قوله: (بغرم النصف) يقابله في (ح) و(س): (بالنصف).
(٦) في (ش١): (المبيع).
(٧) قوله: (به) ساقط من (ش١).
(٨) قوله: (من غيره) يقابله في (ح) و(س): (منه ومن غيره).
(٩) بعدها في (ح): (حرمت)، وفي (ش١): (أخذ).
(١٠) قوله: (قبل الدخول) ساقط من (ح) و(س).
(١١) قوله: (أنه يغرم نصف الصداق) في (ح) و(س): (فله نصف الصداق).
(١٢) قوله: (بعد العقد قبل الدخولأنه يغرم نصف الصداق إن طلق) ساقط من (ش١).
(١٣) قوله: (تأخذ له عوضاً) في (ش١): (يؤخذ لها عوض).

غرمه الزوج أو للصغيرة إن لم يغرمه على قول ابن القاسم؟ فأما غرمها على الزوج[١]، فيختلف فيه قياساً إذا شهد عليه بطلاق قبل الدخول، ثم رجعت البينة عن الشهادة واعترفت بالزور[٢]، فقال ابن القاسم: يرجع على البينة بنصف الصداق. وقال أشهب: لا رجوع له؛ لأنَّه لم يوجب عليه إلا ما كان يلزمه لو طلق. والأول أحسن؛ لأنَّه لم يختر الطلاق وإنما اشترى شيئاً وبذل له العوض[٣]، وحيل بينه وبين قبضه وأغرم الثَّمن، وإذا لم يغرم الزوج، فإنه يختلف هل للصبية رجوع على التي أرضعتها؟.

فإذا قيل: الوجه ألا[٤] شيء على الزوج؛ لأنَّه حيل بينه وبين قبض المبيع؛ كان لها أن ترجع عليها، لأنَّها تقول كان لي دين أسقطته[٥] بفعلك.

وإذا قيل: الوجه في سقوط الغرم عن الزوج لأنَّ المبيعَ موجودٌ تبيعه وتأخذ عنه العوض ولم يهلك لها[٦] شيء[٧]؛ لم يكن لها عليه[٨] شيء؛ لأنَّ الوجه الذي سقط به الغرم عن الزوج هو الذي سقط به مقالها مع التي أرضعتها، وهذا هو الأصل إذا بقي المبيع بيد البائع.

---

(١) قوله: (على الزوج) في (ش١): (للزوج).

(٢) قوله: (عن الشهادة واعترفت بالزور) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٣) في (ب): (العرض).

(٤) قوله: (ألا) في (ش١): (لا).

(٥) في (ب) و(ح) و(س): (أسقطه).

(٦) زاد بعده في (ش١): (عليها).

(٧) قوله: (ولم يهلك لها شيء) ساقط من (ح) و(س).

(٨) قوله: (عليه) في (ب) و(ش١): (عليها).



باب
في الشهادة على الرضاع وإقرار أحد الأبوين أو[1] أحد الزوجين بالرضاع

حكم الرَّضاع[2] يثبت بوجهين؛ بشهادة امرأتين عدلتين إذا كان ذلك قد فشا وعرف من قولهما، وباعتراف أحد الزوجين.

واختلف في أربع مسائل[3]: في شهادة امرأتين إذا لم يكن ذلك قد عرف وفشا ولا[4] سمع منهما قبل ذلك. وفي شهادة المرأة الواحدة إذا كان قد فشا ذلك وسمع[5] من قولها قبل. وفي إقرار أحد الأبوين بالرَّضاع. فقال مالك و[6]ابن القاسم في شهادة امرأتين: إذا كان قد فشا ذلك وسمع[7] من قولهما فرق بينهما، وإلا لم يقبل[8].

وقال مطرف، وابن الماجشون، وابن وهب، وابن نافع، وأصبغ في "كتاب ابن حبيب": يفرق بينهما بشهادتهما إذا كانتا عدلتين وإن لم يكن سمع منهما[9].

وهو أبين، وقد يكون سكوتهما لأنَّه لم يحتج إلى شهادتهما فلما توجه الأداء

---

(١) قوله: (أو) في (ش١): (و).

(٢) في (ش١): (الرضاعة).

(٣) قوله: (أربع مسائل) في (ح) و(س) و(ش١): (أربعة).

(٤) قوله: (ذلك قد عرف وفشا ولا) ساقط من (ح) و(س).

(٥) قوله: (وسمع) ساقط من (ح) و(س).

(٦) قوله: (مالك و) ساقط من (ش١).

(٧) في (ش١): (وعرف).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٠.

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٣، ٨٤.

عليهما[١] ذكرتا ذلك وشهدتا به[٢]، إلا أن يعقد النكاح بحضرتهما ويعلمان ذلك، ولا يذكرانه ولا ينكرانه[٣][٤].

وقال مالك في شهادة المرأة الواحدة: لا توجب تحريماً[٥].

وقال في "كتاب محمد": لا تقطع شهادة المرأة الواحدة شيئاً، إلا أن يكون ذلك قد فشا[٦] في صغرهما عند الأهلين والمعارف[٧].

قال محمد[٨]، وقال أيضاً مالك[٩]: لا أرى أن يقضى بشهادة المرأة الواحدة، ولكن أحب للزوج ألا يقربها وأن يصدقها[١٠]. ولم يختلف المذهب إذا لم يكن سمع ذلك من قولها أنه لا يحكم بالفراق، ولكن يؤمر بذلك من غير حكم، وإن كانت عدلة كان ذلك آكد في تنزهه عنها[١١].

وقال ابن القاسم في "المدونة": إن شهدت أمُّ الزوجِ وأم[١٢] الزوجة على الرَّضاع؛ لم تقبل شهادتهما إلا أن يكون قد فشا ذلك وعرف من قولهما.

---

(١) قوله: (الأداء عليهما) في (ش١): (الآن لهما).

(٢) قوله: (ذكرتا ذلك وشهدتا به) في (ح) و(س): (شهدتا).

(٣) في (ب) و(ح) و(س): (أنكرتا).

(٤) قوله: (ولا يذكرانه ولا أنكرتا في (ح) و(س): (ينكرانه).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٠.

(٦) زاد بعده في (ش١) (وعرف).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٤.

(٨) قوله: (قال محمد) ساقط من (ش١).

(٩) قوله: (مالك) ساقط من (ب) و(ش١).

(١٠) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٠، ٣٠١.

(١١) قوله: (وأن يصدقها...كان ذلك آكد في تنزهه عنها) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(١٢) قوله: (أم) ساقط من (ش١).

فجعلهما كالأجنبيتين[١]. وعلى قوله لا تقبل شهادة إحداهما أنها[٢] أرضعت الأخرى[٣].

وقال محمد: إذا قالت الأم لخاطب ابنتها: إنها أختك من الرضاعة، ثم قالت: وهمت، أو أردت بذلك اعتذاراً؛ حرمت ولا يقبل رجوعها، وكذلك الأب، ولو تزوجت فرق السلطان بينهما[٤].

وإلى هذا ذهب ابن حبيب[٥]، وقال ابن حبيب: قول مالك وأصحابه، إذا قالت المرأة ذلك في ابنتها أو ابنها، أو قاله الأب في ولده؛ أن الفرقة تقع بينهما بذلك، ويحكم بالفراق إذا قالوه قبل النكاح[٦].

(ب) ٢٧٢/ب

واختلف/ أيضاً إذا قالت امرأة أجنبية أنا أرضعتهما، فقال ابن القاسم: لا يفرق القاضي[٧] بينهما بقولها، وإن كان قد عرف من قولها[٨].

وقال الليث: إذا قالت قد أرضعتكما؛ لم يتناكحا. قال: ولو ذكرت ذلك عند النكاح ولم تتهم أنها أرادت ضرراً؛ رأيت ألَّا يقر[٩] نكاحهما[١٠]، ولو كانت[١١] يهودية

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٠.
(٢) قوله: (وعلى قوله لا تقبل شهادة إحداهما أنها) في (ش١): (وعلى قول إحداهما أنها).
(٣) قوله: (الأخرى) في (ح) و(س): (الآخر).
(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٣.
(٥) قوله: (وإلى هذا ذهب ابن حبيب) ساقط من (ش١).
(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٣.
(٧) قوله: (القاضي) ساقط من (ح) و(س).
(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠١.
(٩) في (ح) و(س): (يقرر).
(١٠) قوله: (نكاحها) زيادة من (ب).
(١١) قوله: (ألَّا يقر نكاحها، ولو كانت) في (ش١): (ألا يفرق، وإن كانت).

أو نصرانية؛ وهذا لحديث عقبة بن الحارث، قال: يا رسول الله إني تزوجت امرأة فأتت امرأة، فقالت: إني قد أرضعتكما، فقال له رسول الله ﷺ: «**فَكَيْفَ وَقَدْ قِيلَ؟ دَعْهَا عَنْكَ**». أخرجه البخاري ومسلم[١].

ومحمل قول ابن حبيب[٢] في ألا يقبل قولها بعد العقد على أنها كانت[٣] حاضرة العقد، فلم تنكر ثم قامت بعد ذلك[٤]، وهي بمنزلة من عنده شهادة فعمل بخلافها بحضرته ولم ينكر ثم رفعها.

ولو كانت غائبة فلما[٥] قدمت وعلمت[٦] أنكرت؛ قبل قولها، وهذا إذا كانت شهادتها أنها أرضعتهما، ولو شهدت على أم أحدهما أنها أرضعتهما، أو على رضاع أجنبية؛ لسئلت تلك الأم أو الأجنبية، فإن قالت مثل ذلك وقعت الحرمة؛ لأنها شهادة من امرأتين، وإن أنكرت ضعف قولها.

وإن ماتت التي ادعت أنها أرضعت، أو غابت غيبةً بعيدةً؛ كان قولها بمنزلة غير الأم. وأما قول الأب، فإن شهد بذلك على ولده البالغ؛ كان قوله بمنزلة قول الأجنبي. وإن كان ذلك في صغر الولد أو في ابنته ثم عقد عليهما؛ لم يجز وفسخ، لأَنَّه مقرٌّ على نفسه أنه عقد عقداً فاسداً، فإن كَبُرَ الصبي ورشد كان قول الأب في ذلك بمنزلته لو لم يعقده قبل، وقد كان يقال إنَّه حكم مضى

(١) أخرجه البخاري: ٢/ ٩٤١، في باب شهادة المرضعة، من كتاب الشهادات، برقم (٢٥١٧)، ولم أقف عليه في صحيح مسلم.

(٢) قوله: (ومحمل قول ابن حبيب) في (ش١): (ومحمول قول ابن القاسم).

(٣) قوله: (كانت) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (ثم قامت بعد ذلك) في (ح) و(س): (ثم ادعت ذلك).

(٥) قوله: (فلما) ساقط من (ح) و(س).

(٦) قوله: (وعلمت) ساقط من (ح) و(س).

فلا يحل أبداً، وليس بحسن؛ لأنَّ الفسخ لم يكن لأنَّ الرَّضاع قد[١] ثبت، وإنما كان لأنَّ العقد قام لمن يقر أنه عقد عقداً لا يحل، إلا على ما قاله محمدٌ إن قوله كقول الأم[٢].

فصل

[في اعتراف الزوج بالرضاع]

اعتراف الزوج بالرَّضاع يوجب الفراق، وسواء كان اعترافه قبل النكاح[٣] أو بعده. واعتراف الزوجة يوجب الفراق إذا سمع منها[٤] قبل العقد، وإن كان اعترافها بعد العقد؛ كان موقوفاً على تصديق الزوج[٥]، فإن صدقها الزوج فرق بينهما، وإن كذبها لم يفرق.

وإذا كانت الفرقة لاعتراف الزوج[٦] وكان قد دخل بها؛ كان لها الصداق[٧]، وسواء كان اعترافه قبل العقد أ وبعده، أو قبل الدخول أو بعده، فإن فرق بينهما قبل الدخول افترق الجواب، فإن[٨] كان اعترافه قبل العقد؛ لم يكن عليه صداقٌ، وإن كان اعترافه بعد العقد؛ كان عليه نصف الصداق، لأنه

(١) قوله: (قد) زيادة من (ح) و(س) (ش١).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٣.

(٣) قوله: (النكاح) في (ش١): (الدخول).

(٤) قوله: (سمع منها) في (ب): (شهد على اعترافها).

(٥) قوله: (كان موقوفاً على تصديق الزوج) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٦) المثبت من (ب)، وفي غيرها: (الزوجة).

(٧) في (ح) و(س): (صداق المثل).

(٨) قوله: (فإن) في (ش١): (وإن).

يتهم أن يكون ندم فقال ذلك ليسقط عن نفسه الصداق[١]، إلا أن تصدقه الزوجة فلا يكون لها شيء.

وإن كانت الفرقة لاعتراف الزوجة؛ لم يكن لها صداق، وسواء اعترفت قبل العقد أو بعده، وفرق بينهما قبل الدخول أو بعده؛ لأنَّها هي التي[٢] غرت الزَّوج وأتلفت على نفسها، إلا أن يعترف الزَّوج أنه كان عالماً؛ فيكون لها الصداق إذا وقع الدخول.

وإن أقر أحد الزوجين أنَّهما أخوان ثم رجع عن ذلك؛ لم يقبل رجوعه وأخذ بقوله الأول. قال مالك: ومن تزوج امرأة فشهد على المرأة أنها لم تزل تقول للذي تزوجها أخي؛ فليس هذا بشيء[٣]، وهذا من كلام النساء كثير[٤] ولا يحرم[٥] مثل ذلك[٦].

---

(١) قوله: (لأنه يتهم أن يكون ندم فقال ذلك ليسقط عن نفسه الصداق) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٢) قوله: (هي التي) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٤.

(٤) قوله: (كثير) ساقط من (ش١).

(٥) قوله: (ولا يحرم) في (ش١): (فلا تحريم).

(٦) قوله: (كثير ولا يحرم مثل ذلك) في (ح) و(س): (ولا يحرم).




باب
في رضاع الأم ولدها والأجرة في ذلك

لا يخلو رضاع الأم ولدها من خمسة أقسام: إما أن تكون هي زوجة لأب الصبي[1]، أو في عدة من طلاق رجعي، أو بائن، أو في عدة وفاة، أو في غير عدة. فإن كانت زوجة كان عليها رضاعه بغير عوض؛ لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ قال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. فعلم أن ذلك مع بقاء الزوجية؛ لأن الرضاع مع عدم الزوجية لا يستحق له رزق ولا كسوة[2]. وكذلك إن كانت في عدة من طلاق رجعي؛ لا أجر لها -كالتي لم تطلق[3]- لأن لها النفقة والكسوة كالزوجة، وإن كانت في غير عدة، أو في عدة من طلاق[4] بائن أو وفاة؛ كان لها الأجر لأنها لا نفقة لها ولا كسوة[5][6].

---

(١) قوله: (إما أن تكون هي زوجة لأب الصبي) في (ب): (إما أن يكون وهي زوجة في عصمة أب الصبي).

(٢) قوله: (يستحق له رزق ولا كسوة) في (ح) و(س): (تستحق له رزقا ولا كسوة).

(٣) قوله: (كالتي لم تطلق) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٤) قوله: (من طلاق) ساقط من (ش١).

(٥) قوله: (لأنها لا نفقة لها ولا كسوة) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (كان لها الأجر لأنها لا نفقة لها ولا كسوة) ساقط من (ح) و(س).

فصل[1]

[في أن الرضاع يلزم الأم]

الرضاع يلزم الأم مع الزوجية إذا كان مثلها يرضع، فإن كانت ذات شرف لم يكن عليها إرضاعه[2]؛ لأنَّ العادة في مثلها ألَّا ترضع ولدها، وإنما يدخل في ذلك على العادة في مثلها[3] أن الأب يتكلف ذلك بغيرها. فإن قالت: أنا أرضعه بأجرة؛ الاستحسان ألا شيء، لأنها إذا رضيت بذلك صارت بمنزلة غيرها ممن ليس ذا شرف، والقياس[4] أن[5] ذلك لها؛ لأنَّها تقول: متضمن عقد نكاحي ألا رضاع عليَّ[6] وأني[7] في ذلك كالأجنبية ومنعني/ من ذلك ضرر بولدي من غير منفعة للزوج؛ لأنَّها إن لم تعط[8] لم ترضعه وأرضعه غيرها بأجر، فكذلك إن لم يقبل غيرها فلها أن ترضعه بأجر، إلا أن يعسر الأب فيكون عليها رضاعه.

(ب) ٢٧٣/أ

ويستوي عند عسر الأب ذات الشرف والدنيئة؛ لأنَّ رضاعه على الأب مع اليسر من حق الزوجة على الزوج، ومع العسر من حقِّ الولد على الأمِّ، ويكون الولد حينئذٍ بمنزلة من لا أب له، فعلى الأمِّ رضاعه وإن كانت ذات شرف.

---

(١) قوله: (فصل) ساقط من (ش١)، وفي (ح) و(س): (و).

(٢) قوله: (إرضاعه) يقابله في (ح) و(س): (رضاع).

(٣) في (ب): (أمثلها).

(٤) قوله: (الاستحسان ألا شيء، لأنها إذا رضيت بذلك صارت بمنزلة غيرها ممن ليس ذا شرف، والقياس) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٥) في (ش١): (كان).

(٦) قوله: (رضاع عليَّ) في (ح) و(س): (أرضع).

(٧) في (ش١): (وأنا).

(٨) قوله: (لم تعط) ساقط من (ح) و(س).

وإذا كانت ممن يرضع مثلها فلم يكن لها لبن، أو كان فانقطع، أو كان دون كفاية الولد لقلته، أو مرضت، أو حملت؛ كانت الإجارة على الأب إذا كان قادراً عليها[١]، وإن كان معدماً والأم موسرة؛ لم يكن عليها أن تستأجر له.

وفي "كتاب محمد": عليها أن تستأجر له[٢]. وليس بحسن؛ لأنَّ رضاعه لم يكن في ذمتها فتتكلف شراؤه إذا عجزت عنه، وإنما كان معلقاً بلبنها، فإذا لم يكن لها[٣]؛ لم تطالب بالعوض عنه.

فصل

[في نفقة الحامل وكسوتها]

وقال في كتاب[٤] محمد: إذا كانت حاملاً في عدة من طلاق بائن وهي ترضع؛ فلها النفقة والكسوة وأجر الرضاع[٥].

وفارقت عنده ذات الزوج؛ لأنَّ النفقة والكسوة لها بحق الزوجية، ولا يزاد عليه لمكان الحمل والرَّضاع شيء، وهذه لم تكن تستحق قبل الزوج شيئاً[٦] إذا كانت غير حامل، فاستحقت النفقة والكسوة بالفراق[٧] إذا كانت حاملاً وكان لها ألا ترضعه؛ لأنها ليست بزوجة، فلما كان لها ألا ترضعه وكان على

---

(١) قوله: (إذا كان قادراً عليها) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٢.

(٣) قوله: (لها) ساقط من (ح) و(س).

(٤) قوله: (في كتاب) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٠.

(٦) من قوله: (وهذه لم تكن...) مثبت من (ب) وفي باقي النسخ: (ما لم يكن تستحق قبل الزوج).

(٧) المثبت من (ب)، وفي باقي النسخ (بالقرآن).

الأب أن يستأجر له فرضيت برضاعه؛ كانت لها الأجرة، وهذا إذا كان رضاعها حاملاً لا يضرُّ بالولد.

فصل[١]

[فيما إذا انقضت عدة المطلّقة]

وإذا انقضت عدة المطلَّقة؛ كان لها أجر الرضاع، فإن كان الولد علقها[٢] كان لها إجارة مثلها، ولا قول لها إن طلبت فوق ذلك، ولا له إن طلب دونه[٣].

وإن كان يقبل[٤] غيرها، وقالت: لا أرضع[٥] إلا بعشرة،[٦] وإجارة مثلها خمسة؛ كان[٧] ذلك لها. وقيل: للأب إن شئت قبلت ذلك وإلا فاستأجر له. وإن كانت العشرة أجر مثلها ووجد الأب من يرضع له بخمسة، أو وجد من يرضعه[٨] باطلاً[٩] وهو موسر، كان فيها قولان؛ فقال مرة: القول قولها. وقال

---

(١) قوله: (فصل) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٢) في (ح) و(س) و(ش١): (فإن طلَّقها).

(٣) في (ح) و(س): (دون ذلك).

(٤) في (ح) و(س): (وإن لم يقبل).

(٥) في (ش١): (لا أرضى).

(٦) زاد بعده في (ش١): (وكان أجر).

(٧) قوله: (كان) ساقط من (ش١).

(٨) قوله: (وجد من يرضعه) زيادة من (ش١).

(٩) أي بغير أجر كما هو ظاهر نص المدونة: ٣/ ٣٠٥ ونصه: "فقلنا لمالك فلو كان رجلا معدما لا شيء له وقد طلق امرأته البتة فوجد من ذوي قرابته أخته أو أمه أو ابنته أو عمته أو خالته من ترضع بغير أجر، فقال لأمه إما أن ترضعيه باطلا فإنه لا شيء عندي وإما أن تسلميه إلى هؤلاء الذين يرضعونه لي باطلا".

مرة: القول قوله[١].

وأرى أن ينظر فيما بين الأجرتين، فإن كان يسيراً كان القول قولها؛ لأنَّ الأمَّ أرفق بولدها ويصل إليه من الرفق والقيام مثل ذلك[٢]. وإن تباين ما بين الأجرتين، أو كان يجد من يرضعه له باطلاً؛ كان القول قول الأب إذا كانت الظئر ترضعه عند أمه. وإن قالت: إنما أرضعه عندي؛ لم يكن ذلك للأب، لأنَّ للأم حقاً في الحضانة وليس للأب أن ينتزعه منها ويحول بينها وبين ولدها. وقد قال ابن القاسم: ذلك للأب إذا كانت ترضعه عند الأم[٣].

وإن كان للظئر[٤] ولد؛ لم يكن ذلك للأب، لأنَّ فيه[٥] ضرراً على الولد ونقصاً في رضاعها لأنها[٦] ترضع ابنين، وكان للأمِّ أن ترضعه بعشرة.

وإن كان الأب فقيراً لا يقدر على شيء ووجد من يرضعه باطلاً على أنَّ الولد عند الظئر؛ كان ذلك للأب، وهو في هذا بخلاف الموسر؛ لأنَّ رضاعه مع الفقر على الأم وهي مجبورة على رضاعه، ورضاع غيرها تخفيف عنها فكانت بالخيار بين أن ترضعه أو تسلمه.

ومثله إذا وجد من يرضعه بخمسة، وهي الَّتي يقدر عليها، قيل لها: أنت بالخيار إن شئت أرضعت بذلك أو تسلميه[٧] إليه؛ لأنك مجبورة على رضاعه

---

(١) انظر: المدونة: ٣/ ٣٠٥.

(٢) في (ب): (ما بينهما).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٤.

(٤) قوله: (كان للظئر) في (ح) و(س): (كانت الظئر ذات).

(٥) قوله: (للأب، لأنَّ فيه) ساقط من (ب).

(٦) قوله: (لأنها) في (ش١): (لكونها).

(٧) قوله: (بذلك أو تسلميه) في (ش١): (بذلك أو أسلمية).

بخمسة لما[١] لم يكن الأب[٢] يقدر على سواها[٣].

وإن كان أجر مثلها عشرين وهو يقدر على عشرة ووجد من يرضعه بخمسة على أن يكون الولد عند الظئر فرضيت أن ترضعه بعشرة؛ كان ذلك لها ولم ينتزع منها. ومقال الأم مع الوصي إذا كان للصبي مال قليل أو كثير كمقالها مع الأب.

واختلف إذا لم يكن للولد مال؛ فقال في "المدونة": على الأمِّ رضاعه[٤].

وقال في "كتاب ابن الجلاب": رضاعه على[٥] بيت المال[٦].

قال الشيخ رحمه الله: القول أن ذلك على بيت المال وهو الأصل[٧]؛ لأن رضاع الأم إنما ورد في القرآن أن تأخذ على ذلك أجراً، فإن كان فقيراً كان كنفقته[٨]؛ كل ذلك في بيت المال. ومحمل قول مالك إن عليها أن ترضعه على[٩] أن رضاعه من[١٠] بيت المال يتعذر[١١] فصار كالعدم.

تم كتاب الرضاعة بحمد الله وعونه

---

(١) قوله: (لما) في (ش١): (فما).

(٢) قوله: (الأب) ساقط من (ح) و(س) و(ش١).

(٣) زاد في (ح) و(س): (بخمسة).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠٤.

(٥) قوله: (على) في (ش١): (في).

(٦) انظر: التفريع: ٢/ ٦١، ٦٢.

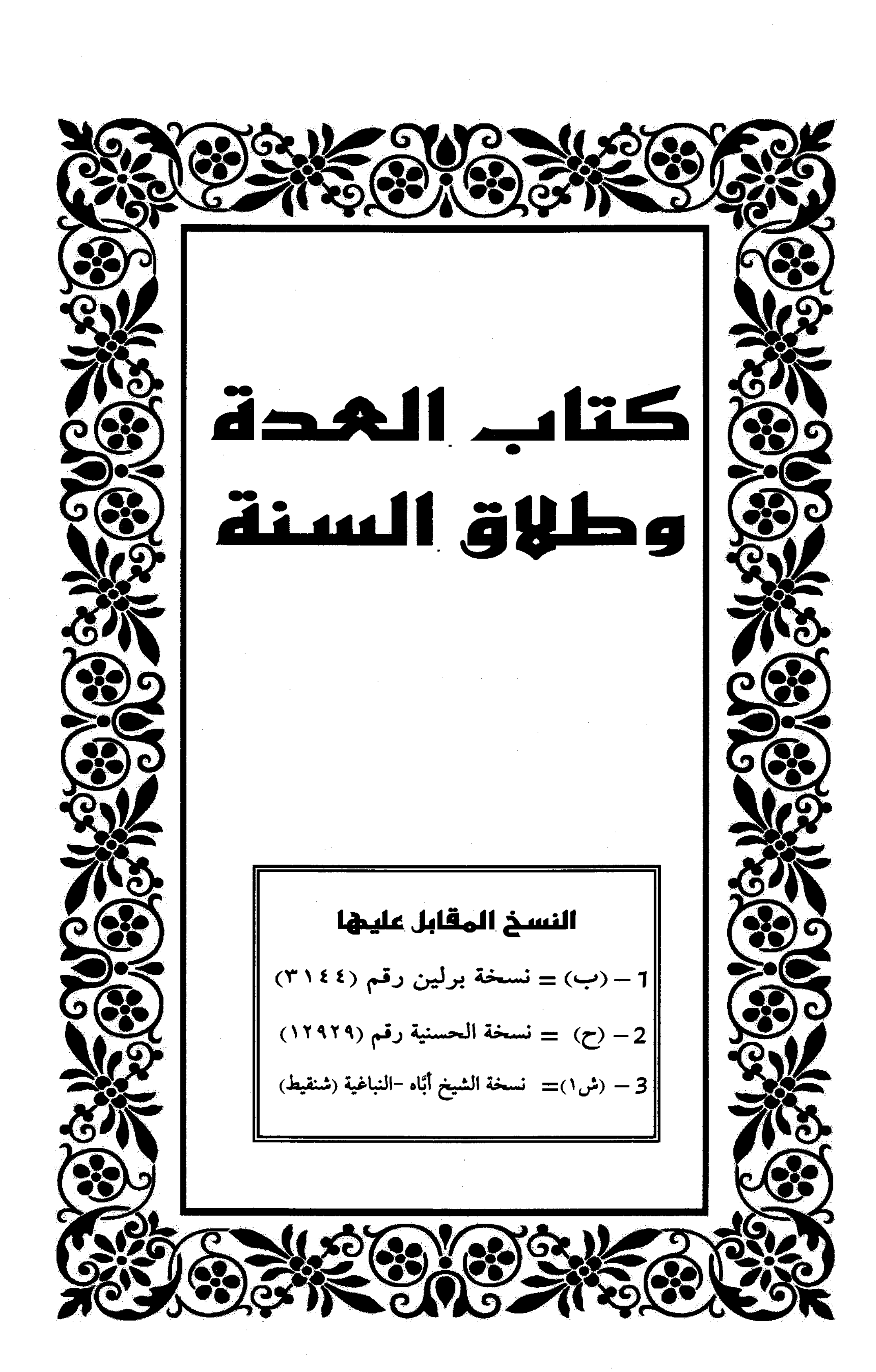
(٧) قوله: (قال الشيخ رحمه الله: القول أن ذلك على بيت المال وهو الأصل) في (ح) و(س): (وهذا هو الاصل).

(٨) قوله: (لأن رضاع الأم إنما ورد في القرآن أن تأخذ على ذلك أجراً، فإن كان فقيراً كان كنفقته) في (ح) و(س): (لأن رضاعه كنفقته).

(٩) قوله: (على) ساقط من (ش١).

(١٠) في (ح) و(س): (على).

(١١) قوله: (يتعذر) ساقط من (ح) و(س).



كتاب العدة وطلاق السنة

النسخ المقابل عليها

1 – (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 – (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 – (ش١)= نسخة الشيخ أبَّاه -النباغية (شنقيط)



بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم



كتاب العدة وطلاق السُّنَّة



(ب) ٢٧٣/ب

/باب
في طلاق السُّنَّة[(١)]

قال مالك: طلاق السُّنَّة أن يطلق الرجل امرأته طلقة واحدة طاهراً من غير جماع، ثم يدعها حتى تنقضي العدة ولا يتبعها في ذلك طلاقاً[(٢)].

قال الشيخ رحمه الله: الطلاق يتضمن عددا وحالة تكون الزوجة عليها حين الطلاق.

والعدد على ثلاثة أوجه: جائز؛ وهو واحدة رجعية، ومكروه؛ وهو اثنتان[(٣)]، وممنوع؛ وهو الثلاث[(٤)]؛ لقول الله عز وجل: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] من الرغبة في المراجعة والندم على الفراق، وقد علم الله عز وجل ذلك من عباده، فأمرهم أن يوقعوا طلاقاً رجعياً تمكن[(٥)] الرجعة معه.

ويكره الاثنتان[(٦)]؛ لأن الزائد على الواحدة[(٧)] غير مفيد فيما يريد من

---

(١) قوله: (باب: في طلاق السُّنَّة) ساقط من (ح).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣.

(٣) في (ح): (اثنان).

(٤) في (ش١): (الثلاثة).

(٥) في (ب) و(ح): (يمكن).

(٦) قوله: (ويكره الاثنتان) يقابله في (ب): (وتكره الاثنان).

(٧) في (ش١): (الواحد).

الفراق، وهو يصل بالواحدة إلى ما يصل إليه بالاثنتين؛ فكان إيقاع[1] طلقة واحدة أولى، فإذا ارتجع ثم طلق، فأدركه نَدَمٌ؛ كان له إلى المراجعة[2] سبيل.

وأجاز مالك الخلع، وهو طلقة بائنة[3]. وذكر أبو الحسن ابن القصار في تضاعيف كلام له أن ذلك يكره.

وهو أحسن إذا كان كل واحد من الزوجين مؤدياً لحق صاحبه، وإن كان على غير ذلك من الشنآن وفساد الدين لم يكره، ولا يعترض إذا كان على غير ذلك بحديث[4] ثابت بن قيس بن شماس؛ لأنها ذكرت أنها لا تستطيع المقام معه[5]، وقالت: أَخَافُ الْكُفْرُ بَعْدَ الإِيمَانِ[6].

واختلف في الثلاث في كل طهر طلقة؛ فكرهه مالك[7]، وأجازه أشهب. قال محمد: وكان أشهب لا يرى بأساً أن يطلق في كل طهر طلقة ما لم يرتجع، فإن ارتجع وهو يريد أن يطلق فالبأس[8] عليه في ارتجاعه على ذلك؛ لأنه يطول عليها العدة، وفي هذا أنزل القرآن فيما بلغني قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ﴾ [البقرة: ٢٣١]، فإن ارتجعها وهو يريد إمساكها، ثم بدا له أن يطلقها

---

(١) في (ش١): (إيقاعه).

(٢) في (ح): (الرجعة).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٤٢، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٦.

(٤) في (ش١): (لحديث).

(٥) قوله: (معه) ساقط من (ح).

(٦) أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٢٢، في باب الخلع وكيف الطلاق فيه، من كتاب الطلاق، برقم (٤٩٧٣).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٣.

(٨) في (ح): (فلا بأس).

مكانه؛ فلا بأس بارتجاعه وطلاقه[١].

وقال أيضاً فيمن أراد أن يطلق زوجته اثنتين أو ثلاثاً فقيل له: إن ذلك لا يجوز، فطلقها واحدة، ثم ارتجعها[٢]، ثم طلقها[٣] أخرى، ثم ارتجع، ثم طلق الثالثة؛ فلا بأس بالطلاق على هذه الصفات، وإن كن[٤] في يوم.

وقول مالك أبين[٥] للآية، ولأن ما يحدث من الندم والرغبة في المراجعة إنما يكون في الغالب[٦] بعد الطول، وبعد سكون ما أوجب الفراق.

فصل
[في حالات الزوجة عند الطلاق]

والزوجة عند الطلاق على حالات:

حالة يجوز الطلاق فيها، وحالة يكره، وحالة يمنع، وحالة مختلف فيها هل يجوز أو يكره؟[٧] وحالة مختلف فيها هل يجوز أو يمنع[٨]:

فيجوز إذا كانت طاهراً من غير جماع.

ويكره إذا كانت في طهر قد جومعت فيه.

واختلف في وجه الكراهية؛ فقال أبو محمد عبد الوهاب: لأنه لبَّس عليها

---

(١) انظر تفصيل هذه الأقوال في: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٧، ٨٨.

(٢) في (ش١): (ارتجع).

(٣) في (ش١): (طلق).

(٤) في (ب): (كان).

(٥) في (ش١): (أحسن).

(٦) قوله: (في الغالب) ساقط من (ش١).

(٧) قوله: (وحالة مختلف فيها هل يجوز أو يكره؟) ساقط من (ش١).

(٨) قوله: (وحالة مختلف فيها هل يجوز أو يمنع) ساقط من (ح).

في العدة، فلا تدري هل تعتد بالأقراء أو بالوضع، إن كانت حاملاً فيدركه الندم[١].

وقيل: المعنى خوف الندم خاصة. وقد تأول بعض أهل العلم قول الله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[٢] [البقرة: ٢٢٨] أي: من الحمل قبل أن يوقع الطلاق[٣]؛ لأن الزوج يحب الفراق[٤] ما لم يكن حمل، فإذا علم أنه صار له منها ولد كَرِهَ ذلك، ولا يحب أن يوقع[٥] عليها اسم الفراق؛ لأن ذلك يؤدي إلى وصم في حسن المعاشرة متى راجع إن ظهر ولد.

ولا وجه للتعليل[٦] أنه لبَّس عليها في العدة؛ لأن العدة لا تفتقر إلى نية، وهي تنتظر في المستقبل، فإن رأت حيضاً بنت عليه، وإن ظهر حمل انتظرت[٧] الوضع هي، ولا يكره الطلاق في طهر مس فيه إذا كانت الزوجة ممن لا تحيض لصغر أو كبر أو مرتابة أو مستحاضة أو حاملاً.

قال الشيخ: والمنع والاختلاف يتصور في الحائض، فإن كانت حائضاً مدخولاً بها كان الطلاق ممنوعاً.

واختلف إذا كانت غير مدخول بها؛ فأجازه ابن القاسم وكرهه أشهب[٨].

---

(١) انظر: المعونة: ١/ ٦٦١.

(٢) قوله: (قول الله تعالى) ساقط من (ش١).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣٥، ٢٣٦.

(٤) في (ح): (الطلاق).

(٥) في (ش١): (يقع).

(٦) في (ش١): (لهذا التعليل).

(٧) في (ش١): (انتظر).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٠.

وذكر أبو محمد عبد الوهاب عن مالك روايتين: الجواز والمنع[١]، فرآه مرة شرعاً فيمنع وإن لم تكن عدة ولا تطويل، ورأى مرة أخرى أن العلة في المنع التطويل، وإذا كانت غير مدخول بها جاز.

ويختلف إذا كانت مدخولاً بها حاملاً؛ فقال ابن شعبان: يجوز الطلاق وإن كانت حاملاً[٢][٣].

وقال أبو محمد عبد الوهاب: يتخرج على القولين في غير المدخول بها[٤].

يريد: لأن الحامل عدتها بالوضع؛ حائضاً كانت أو غير حائض، وليس فيه تطويل.

ويختلف في طلاق المستحاضة إذا كانت حائضاً، فعلى القول إن عدتها بالأقراء يمنع الطلاق.

ويختلف على القول أن عدتها بالسنة وتكون كالحامل. والظاهر من المذهب أنه غير معلل، ولو كانت العلة التطويل؛ لجاز أن يطلقها في الحيض برضاها؛ لأنه حق/ لها، ويلزم أيضاً ألا يجبر على الرجعة إلا أن تقوم بحقها في التطويل؛ لأنه حق لآدمي، فلا يقضى به إلا أن يقوم به من له ذلك الحق، وألا يجبر على الرجعة؛ إذا لم ينظر في ذلك حتى ظهرت؛ لأن المدة التي كان فيها التطويل قد ذهبت ومن خالع في الحيض لم يجبر على الرجعة[٥]؛ لأن الطلقة

(ب) ٢٧٤/أ

---

(١) انظر: المعونة: ١/ ٥٦٠.

(٢) انظر: الزاهي، لابن شعبان، لوحة رقم: [١٠٥/ أ].

(٣) في (ب) و(ح): (حائضاً).

(٤) انظر: المعونة: ١/ ٥٦٠.

(٥) زاد بعده في (ش١): (إذا لم ينظر في ذلك حتى ظهرت؛ لأن المدة التي كان فيها التطويل قد ذهبت ومن خالع في الحيض لم يجبر على الرجعة).

بائنة فأشبهت الثلاث في الحيض.

قال محمد: ولا يطلق على المجنون والمجذوم والعنين ومن عدم النفقة في الحيض والنفاس[١].

قال الشيخ: وأرى إن أخطأ الحاكم وطَلَّق حينئذ لم يلزم الطلاق، بخلاف طلاق الزوج بنفسه؛ لأن القاضي في هذا كالوكيل على صفة، فيفعل غير ما وكل عليه، ولأنه لو[٢] أجيز فعله بجبر الزوج على الرجعة، ثم طلق عليه أخرى إذا طهرت؛ فيلزمه تطليقتان وفي هذا ضرر، إلا العنين فإنه يمضي عليه الطلاق؛ لأن الطلقة بائنة.

واختلف عن مالك في المولي هل تطلق عليه في الحيض[٣]؟.

وألا تطلق عليه أحسن؛ لأن الطلاق عند تمام الأربعة الأشهر من حق الزوجة، فهي إذا قامت بالطلاق فطلق عليه أجبر[٤] على الرجعة وبقيت في العصمة حتى تطهر فلم يفدها ذلك الطلاق شيئاً، وفيه على الزوج ضرر، وقد تقدم ذكر الطلاق في الحيض في كتاب اللعان[٥].

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٠.

(٢) في (ش١): (ولو أنه).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٠.

(٤) في (ب) و(ح): (أجيز).

(٥) كتاب اللعان سيأتي بعد، وانظر ما أشار له المؤلف عند قوله في الموضع المذكور: (والطلاق في الحيض ممنوع)، ص: ٢٤٣٤.

فصل
[في فسخ النكاح في وقت الحيض]

وقال مالك في[1] النكاح الفاسد: إذا كان مما يفرق فيه بعد[2] الدخول، أو كان[3] مما يحتاط فيه بالطلاق مثل: نكاح المُحْرِم، والخامسة، والمرأة على عمتها أو خالتها، والتي تواعد في العدة، والموهوبة، والأمة تتزوج بغير إذن سيدها، والذي يتزوج الأمة على أن ولدها حر؛ فإنه يفسخ في الحيض؛ لأن إقراره أعظم من الطلاق في الحيض[4].

وإن تزوج العبد بغير إذن سيده، أو مولى عليه بغير إذن وليه، وما كان إجازته حلالاً؛ فلا يفرق فيه[5] في الحيض ولا في النفاس، وذلك بيد السيد وبيد الولي بعد الطهر.

واختلف إذا اختلفا، فقالت: طلقتني وأنا حائض، وقال: طلقتك وأنت طاهر؛ فقال ابن القاسم في العتبية: القول قول الزوج[6].

وقال سحنون في السليمانية: القول قولها، ويجبر على الرجعة؛ لأنها مؤتمنة على دينها وحيضها وهو لا يعلم حيضها إلا بما أخبرته، وأنكر قول ابن القاسم أن يكون القول قوله.

وأرى أن يقبل قوله، ولأنه لا يخفى على الزوج الوقت الذي تكون فيه

---

(١) قوله: (في) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (فيه بعد) في (ش١): (قبل).

(٣) قوله: (كان) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩٠.

(٥) قوله: (يفرق فيه) في (ش١): (يفتقر).

(٦) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٦٥، والنوادر والزيادات: ٥/ ٩١.

طاهراً من الوقت الذي تكون فيه حائضاً، فكان القول قوله إنه أوقع ذلك في وقت جائز له، وهي مدعية أن لها عليه في ذلك[١] حقاً.

ولا تطلق الحائض إذا رأت الطهر قبل أن تغتسل، وإن فعل: مضى، ولم[٢] يجبر على الرجعة، وإن كانت في سفر ولم تجد ماءً فتيممت؛ جاز له أن يطلقها[٣].

والأصل في منع الطلاق في الحيض إذا كانت مدخولاً بها حديث ابن عمر: طلق زوجته وهي حائض، فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها، ثم يمسك حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم يطلقها إن شاء قبل أن يمس[٤].

فإن ارتجع ثم طلق في الطهر الأول مضى ذلك[٥].

واختلف إذا لم يرتجع حتى دخلت في الطهر الثاني؛ فقال ابن القاسم: يجبر على الرجعة[٦]. وقال أشهب: لا شيء عليه؛ لأنها صارت إلى موضع لو ارتجع لجاز له أن يطلق فيه[٧].

---

(١) قوله: (في ذلك) في (ح): (فيه).

(٢) في (ش١): (لا).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٧.

(٤) متفق عليه، البخاري: ٥/ ٢٠١١، في كتاب الطلاق، برقم (٤٩٥٣)، ومسلم: ٢/ ١٠٩٣، في باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها...، من كتاب الطلاق، برقم (١٤٧١) ومالك في الموطأ: ٢/ ٥٧٦، في باب ما جاء في الإقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض، من كتاب الطلاق، برقم (١١٩٦).

(٥) قوله: (ذلك) ساقط من (ح).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٩١.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٨٩.

باب



فيما يحل ويحرم من الزوجة على زوجها قبل أن يراجعها



قال الشيخ: والزوجة في ذلك على ثلاثة أوجه؛ فيجوز أن يرى وجهها، قال مالك: لا بأس بذلك، وقد يرى غيره وجهها[(١)]. يريد: على غير وجه التلذذ. ولا يجوز أن يراها متجردة، ولا خلاف في ذلك.

واختلف هل يرى شعرها، أو يخلو معها، أو يأكل. فقال مالك مرة: لا بأس بذلك إذا كان معها من يتحفظ بها. ثم رجع عن ذلك، فقال: لا يدخل عليها ولا يرى شعرها ولا يأكل معها[(٢)] حتى يراجعها. وقال ابن القاسم: وليس له أن يتلذذ منها بشيء، وإن كان يريد رجعتها حتى يراجعها[(٣)]. قال: وهذا على الذي أخبرتك أنه كره له أن يخلو معها أو يرى شعرها حتى يراجعها[(٤)]؛ فرأى أن له في أحد القولين أن يتلذذ بالنظر وإن لم يرتجع.

وقال مالك في كتاب محمد: أما شعرها وما لا يجوز لغيره أن ينظر إليه فلا يجوز له أن ينظر إليه حتى يراجعها[(٥)].

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣٥، وإنما قاله مالك في التي ظاهر منها زوجها.

(٢) قوله: (ولا يرى شعرها ولا يأكل معها) زيادة من (ش١).

(٣) قوله: (وقال ابن القاسم: وليس له أن يتلذذ منها بشيء وإن كان يريد رجعتها حتى يراجعها) زيادة من (ش١).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٧.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٧.

ويختلف على هذا، هل يجوز له أن ينظر إلى معصميها أو ساقيها؟ ولا بأس أن ينظر إلى كعبها[١].

وأرى ألا يجوز له النظر إلى شيء من ذلك[٢]، وقد حرمت عليه[٣] بالطلاق حتى يراجع.

---

(١) في (ش١): (كفيها).

(٢) في (ش١): (بدونها).

(٣) قوله: (عليه) ساقط من (ب) و(ش١).




باب
في صفة العدد

المعتدات خمس عشرة: ذات حيض، وذات حمل، وصغيرة لم تبلغ الحيض، ومسنة قعدت عن الحيض[1]، وشابة تأخر حيضها فلم تحض، ومستحاضة، ومرتابة، ومريضة، ومرضع، وصغيرة ابتدأت العدة بالشهور ثم حاضت قبل أن تخرج / من العدة، ويائسة رأت الحيض، ومستحاضة ترى الحيض، ومستحاضة ارتابت، ومرتابة استحيضت، ومرتابة بحس البطن[2].

(ب) ٢٧٤/ب

فعدة الحرة من الطلاق أربعة أنواع: ثلاثة قروء لذات الحيض، وثلاثة أشهر لمن لا تحيض لصغر أو كبر أو تأخر حيضها وهي في سن من تحيض، والوضع لذات الحمل، وسنة للمستحاضة والمرتابة.

وقال أبو محمد عبد الوهاب: من لم تبلغ أن تطيق الرجال فأصيبت[3]؛ فلا يكون وطؤها موجباً للعدة، وإنما هو جرح وإفساد[4].

وهذا صحيح؛ لأن محمل الآية على من دخلت وأصيبت على الوجه المعتاد؛ لأن العدة عن الطلاق خوف الحمل، ومن تطيق الرجل يخشى ذلك منها، ولا يخشى إذا لم تبلغ أن تطيق الرجل.

والأصل في ذات الحيض قول الله ﷻ: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وفي الصغيرة ومن ذكر معها قوله سبحانه: ﴿وَٱلَّٰٓئِى

---

(١) في (ش١): (المحيض).

(٢) في (ب) و(ح): (بطن).

(٣) قوله: (فأصيبت) ساقط من (ح) و(ش١).

(٤) انظر: المعونة: ١/ ٦٢٤.

﴿يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤].

واختلف في معنى قوله تعالى: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ فقيل: إن ارتبتم فلم تدروا هل تحيض. وقيل: إن ارتبتم في الحكم فلم تدروا ما هو[١].

وهو أحسن؛ لقوله تعالى ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسْنَ﴾ ولا يجتمع اليأس والشك.

وفي الحامل قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٤] وقال سعيد بن المسيب: عدة المستحاضة سنة[٢]. وإليه ذهب عبد الملك في المبسوط، قيل: أتعتد[٣] تسعة أشهر ثم ثلاثة[٤]؟ قال[٥]: بل سنة.

وقال ابن القاسم في "المدونة": عدتها ثلاثة أشهر بعد التسعة الاستبراء[٦]. وقيست المرتابة عليها، وقد اختلف الناس فيهما جميعاً؛ فقال عكرمة وقتادة والشافعي: عدة المستحاضة ثلاثة أشهر.

وذكر الداودي في "النصيحة"[٧] قولاً آخر: أنها تعتد بستة أشهر تختبر بثلاثة، فإن لم تر دماً اعتدت بثلاثة أشهر. والقول إن العدة في ذلك ثلاثة أشهر أحسن؛ لأن الله ﷻ أباح المعتدة إذا لم تكن حاملاً بوجهين:

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٨٨

(٢) زاد بعدها في (ب): (لها سنة). وانظر: المدونة: ٢/ ١١.

(٣) في (ش١): (تعتد).

(٤) زاد بعدها في (ح): (ثم).

(٥) في (ش١): (وقيل).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٥٥.

(٧) هو كتاب "النصيحة في شرح البخاري"، ذكره له عياض في المدارك: ٧/ ١٠٣، والداودي توفي سنة (٤٠٢هـ).

بالحيض لأنه دليل على براءة الرحم، فإن لم يكن فبمضي مدة يتبين فيها الحمل، وهو ثلاثة أشهر، فإن مضت هذه المدة ولم يتبين حمل كان دليلاً على براءة الرحم وحلت فيه[1]، وهذا يستوي فيه معهن المرتابة والمستحاضة؛ فأما أن تنتظر تسعة أشهر وهو أمد الوضع، فإذا لم تر شيئاً رجعت إلى ثلاثة أشهر وهو أمد الظهور - فلا وجه له.

واختلف في عدة المريضة؛ فقال مالك، وابن القاسم، وعبد الله بن عبد الحكم، وأصبغ: تعتد في حال مرضها إذا لم تر حيضاً سنة؛ تسعة أشهر ثم ثلاثة. وقال أشهب: هي كالمرضع[2]، وعدة المرضع إذا لم تر حيضاً ولا حملاً في حال الرضاع مترقبة لبعد الفطام؛ فإما حيض وإما سنة بعد الفطام.

فسوى في أحد القولين بين الرضاع والمرض؛ لأن الشأن أن الرضاع يمسك الدم، فإذا انقطع عاد، وكذلك المرض يقل له الدم، فإذا صحت عاد.

وفرق في القول الآخر بينهما؛ لأن المرضع في حال الرضاع ذات دم، وهو موجود، ومنه يتخلق[3] اللبن، والمريضة لا دم عندها، ويلزم من قال في المستحاضة: إن عدتها ثلاثة أشهر؛ أن يقول مثل ذلك في المريضة والمرضع.

فصل

[في الصغيرة يطرأ عليها الحيض في العدة ثم ينقطع]

وإن ابتدأت الصغيرة العدة بالشهور ثم حاضت بعد شهر انتقلت إلى العدة بالأقراء[4]، فإن لم يعاودها الدم؛ صارت في معنى المرتابة تعتد بالسنة من

---

(١) قوله: (فيه) ساقط من (ح).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١.

(٣) في (ش١): (يخلق).

(٤) انظر: عيون الأدلة: ٣/ ١١٢٣.

يوم ذهبت[١] الحيضة، وإن عاودها الدم قبل تمام السنة[٢]؛ احتسبت به[٣] حيضة ثانية وانتظرت[٤] الثالثة، فإن لم يعاودها حتى تمت السنة حلت، وكذلك اليائسة تعتد شهراً ثم ترى الدم فتسأل النساء؛ فإن قلن: إن مثلها يحيض؛ انتظرت بعدها قرأين، فإن انقطعت كانت مرتابة تعتد بالسنة، وإن قلن: إن مثلها لا تحيض؛ لم تعتد به، ومضت إلى بقية الثلاثة الأشهر[٥].

قال الشيخ: واختلف هل يترك[٦] له الصلاة والصيام ويمنع زوجها من إصابتها ومن الطلاق فيه؟ فقال محمد في كتاب العدة: تترك له الصلاة والصيام، وتغتسل إن انقطع، وتعمل في ذلك ما تعمل الحائض غير العدة فقط؛ فإنها لا تنتفع به في العدة.

وقال في كتاب المواقيت: لا يمنع ذلك صلاة ولا صياماً ولا غير ذلك، والأول أقيس إذا قطع أنه دم حيض، وإن كانت في سن من لا تحيض لأنها حالة لم يرضَ الله ﷻ من إمائه التقرب إليه فيها.

---

(١) في (ش١): (تذهب).

(٢) قوله: (قبل تمام السنة) ساقط من (ش١).

(٣) في (ش١): (له).

(٤) قوله: (وانتظرت) في: (ح): (وانتظرت بعدهما).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٩.

(٦) في (ش١): (تترك).

فصل

[في اختلاف عادة المرأة في الحيض]

وإذا كانت عادة امرأة أنها تحيض من ستة أشهر إلى مثلها، أو في سنة إلى سنة[١]، أو في[٢] سنة ونصف إلى مثلها؛ كانت عدتها الأقراء وإن بعدت[٣].

قال محمد: فإن انقضت السنة ولم يأت وقت حيضها؛ انتظرت وقت حيضتها بعد تمام السنة، فإن لم تحض عند مجيئها؛ حلت وإن حاضت / من الغد[٤].

(ب) ١/٢٧٥

قال الشيخ رضي الله عنه[٥]: وليس هذا أصل المذهب أن لا تحتسب بالحيض[٦] إذا جاء من الغد؛ لأن الحيض يتقدم ويتأخر، وإنما قال ذلك مراعاة للخلاف.

وقد ذكر أشهب في مدونته عن طاووس أنه قال[٧]: يكفيها ثلاثة أشهر ولا تنتظر الحيض، وحمل الآية في الأقراء الثلاثة على الغالب من حيض النساء أنه يكون طهر وحيض في شهر، فإذا خرجت امرأة عن المعتاد[٨] كانت مسألة اجتهاد، فإذا مضى قبل أمد الحيض مدة يظهر[٩] فيها الحمل فلم يظهر حلت[١٠].

---

(١) قوله: (أو في سنة إلى سنة) ساقط من (ش١).

(٢) في (ش١): (من).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ١١٥، والتلقين: ١/ ١٣٧.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦.

(٥) قوله: (رضي الله عنه) ساقط من (ش١).

(٦) في (ب) و(ح): (الحيض).

(٧) قوله: (قال) ساقط من (ش١).

(٨) في (ش١): (العادة).

(٩) في (ب) و(ح): (قبل أمر الحيض مرة يظهر).

(١٠) في (ب): (حلها).

فصل
[فيما إذا ذهبت الاستحاضة وصارت في معنى المرتابة]

واختلف إذا كانت مستحاضة فذهبت الاستحاضة بعد ستة أشهر وصارت في معنى المرتابة، هل تتم سنة على ما مضى، أو تستأنف سنة من يوم ارتفعت الاستحاضة[١] ؟.

والأول أصوب؛ لأن المستحاضة مرتابة بتأخر[٢] الحيض، والسنة لم تكن لوجود دم الاستحاضة؛ وإنما كانت لعدم دم الحيض[٣] فما زاد دم الاستحاضة شيئاً.

واختلف أيضاً إذا كانت مرتابة فاستحيضت بعد ستة أشهر، هل تتم سنة على ما مضى، أو تستأنف؟ وأن تتم أحسن.

والمرتابة ترى الدم على ثلاثة أوجه؛ فإما أن يكون دم استحاضة، أو حيض، أو تشك هل هو حيض أو استحاضة؟ فإن كانت استحاضة؛ تمت سنة من يوم الطلاق، لأنها لم تخرج عن أن تكون مسترابة بتأخر[٤] الحيض.

وقول محمد في هذه المسألة - في حمله الدم بعد أن كانت طاهراً ستة أشهر على الاستحاضة إذا كان خلاف دم الحيض؛ خلافُ ما ذهب إليه ابن القاسم في كتاب الوضوء: إذا كان بين الدمين ما يكون طهراً؛ أن الثاني حيض من غير أن يعتبر لونه هل هو حيض أو استحاضة، فإن كان حيضاً انتقل حكمها إلى

---

(١) انظر: التفريع: ٢/ ٦٦.

(٢) في (ح): (تأخير)، وفي (ش١): (بتأخير).

(٣) في(ح): (الحيضة).

(٤) في (ش١): (بتأخير).

الأقراء فتنتظر تمام الثلاثة الأقراء أو سنة من يوم تذهب الحيضة[1].

واختلف إذا لم يعلم أوله هل كان حيضاً أو استحاضة، فقيل: محمله على أنه استحاضة وتكون السنة من يوم الطلاق؛ لأن تماديه استحاضة يدل على أن أوله كان كذلك.

قال محمد: وإنما القياس إذا شكت أن تكون السنة من بعد قرء حيضها والاستظهار وهو أحوط. وقال أيضاً: إذا شكت فلا بد من ثلاث حيض بعد الاستحاضة[2]. يريد: أنه يمكن أن يكون استحاضة، فإن رأت بعد ذلك حيضاً استأنفت ثلاث حيض، ويمكن أن يكون حيضاً فتستأنف السنة من بعد قدر الحيضة.

فصل
[في المرتابة]

المرتابة على وجهين؛ بتأخر الحيض، وبحس بطن. فإن كانت مرتابة بتأخر حيض؛ كانت عدتها من الطلاق سنة ومن الوفاة أربعة أشهر وعشراً. وإن كانت مرتابة بحس بطن؛ لم تحل بالسنة.

قال مالك في كتاب محمد: إذا كانت تجد حسًّا، أو علامات يخاف منها الولد، أو تجد الحركة؛ فعليها أن تقيم إلى أقصى مدة الحمل[3].

يريد: أربع سنين أو خمساً أو سبعاً، والطلاق والوفاة في هذا سواء، إلا أن تذهب الريبة قبل ذلك فترجع إلى حكم المرتابة بتأخر الحيض، فإن ذهبت

(١) انظر: المدونة: ٢/ ١١.
(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦.
(٣) في (ش١): (الحيض). انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦.

الريبة قبل تمام السنة وهي في عدة من طلاق؛ تربصت إلى تمام السنة، وإن كانت في عدة من وفاة فإلى تمام أربعة أشهر وعشرٍ، إلا أن[١] يكون[٢] ذهاب ريبة الحمل بعد السنة في الطلاق وبعد أربعة أشهر وعشرٍ في الوفاة فتحلّ مكانها، وإن ذهبت ريبة الحمل ورأت الحيض؛ رجعت على أحكام الحيض، ولو كانت تحيض في حين الطلاق والوفاة، وهذا إذا جاء الدم قبل تمام السنة أو لأربعة أشهر وعشرٍ في الوفاة، وإن أتى الدم بعد انقضاء هذين الأجلين فإنها تبني على ما تقدم.

واختلف إذا جاوزت[٣] الخمس سنين فلم تضع. فقال أشهب عن مالك: تبقى أبداً حتى تنقطع عنها الريبة، وقال: وعندنا امرأة لبعض ولد أبان بن عثمان حامل منذ خمس سنين لم تضع وقد مات زوجها لا يزال رسولها يأتيني يسألني، ولا أرى المرأة تلد[٤] أبداً إذا كانت ترى الدم حتى يذهب عنها.

وقال أصبغ: إذا جاوزت الخمس سنين فقد احتيط لها وينزّل على أنه ريح[٥].

قال الشيخ: الريبة على وجهين، فإن تحقق أنه حمل قائم[٦]؛ فإنما كانت الريبة لأجل طول المدة والخروج عن العادة والتشكك[٧] هل هو حمل؛ لم تحل أبداً.

---

(١) قوله: (إلا أن) ساقط من (ش١).

(٢) في (ش١): (فيكون).

(٣) زاد بعده في (ش١) (بالدم).

(٤) في (ب): (تبرأ).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٦.

(٦) قوله: (قائم) ساقط من (ب).

(٧) في(ح): (فشكت).

وإذا صح عن بعض النساء أنها ولدت لأربع سنين[١] وأخرى لخمس وأخرى لسبع؛ جاز أن تكون أخرى الأبعد من ذلك، وإن كانت الريبة والشك هل هي حركة الولد أم لا؛ حلت ولم تحبس عن الأزواج.

فصل

[في عدة الوفاة]

عدة الوفاة إذا كانت الزوجة حرة مسلمة أربعة أشهر وعشرٌ؛ لقوله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]. وإن كانت حاملاً فالوضع؛ لحديث سُبيعة الأسلمية: نفست بعد وفاة زوجها بليال؛ فقال لها رسول الله ﷺ: «قَدْ حَلَلْتِ فَانْكِحِي مَنْ شِئْتِ»/. اجتمع عليه الموطأ والبخاري ومسلم[٢].

(ب) ٢٧٥/ب

وقد ذهب بعض أهل العلم إلى أن المتوفى عنها داخلة في قوله ﷻ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وهذا غير صحيح؛ لأن قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾، ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] في الطلاق، ولا خلاف في ذلك، وهو الذي تضمنت السورة من أولها، ثم عطف عليها عدة الحامل.

ولا خلاف أن الحامل المطلقة مرادة بذلك ومعطوفة على ما تقدم من

---

(١) قوله: (سنين) ساقط من (ب).

(٢) أخرجه مالك: ٢/ ٥٩٠، في باب عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا، من كتاب الطلاق، برقم (١٢٢٧)، والبخاري: ٥/ ٢٠٣٨١٢/ ٣٨٥، في باب: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فضل من شهد بدراً، من كتاب الطلاق المغازي، برقم (٥٠١٤٣٦٩١)، ومسلم: ٢/ ١١٢٢٧/ ٤٦٨، في باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، من كتاب الطلاق، برقم (١٤٨٥٢٧٢٨).

الطلاق، وكذا قوله ﷻ فيما بعد هذا من التلاوة؛ لقوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وكل هذا المراد به الزوج المطلق، وليس على الميت أن يسكن ولا ينفق على الحمل ولا يستأجر لرضاعه، والذي تضمنته الآية في التلاوة قبل وبعد على الطلاق، ولا مدخل للمتوفى عنها فيما بين ذلك.

واختلف في ثلاث مسائل: المستحاضة، والمرتابة بتأخر الحيض، ومن عادتها الحيض[1] لأبعد من أربعة أشهر وعشرٍ. فقيل في المستحاضة، والمرتابة بتأخر الحيض[2]: تعتد أربعة أشهر وعشراً، وقيل: تسعة أشهر، وهو أمد الوضع، والأول أحسن لوجهين؛ أحدهما: عموم الآية في قوله سبحانه ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٤] الآية.

والثاني: أنها إنما ألزمت[3] التربص إلى أمد حركة الولد، فلا يلزمها أن تنتظر أَمَدَ الوضع.

واختلف أيضاً في التي عادتها أنّها تحيض في كل خمسة أشهر أو ستة أو أبعد من ذلك حيضة، هل تحل بمضي[4] أربعة أشهر وعشرٍ[5]، أو تنتظر الحيضة؟ والأول أحسن؛ لأنها إنما ألزمت أن تطلب دليلاً واحداً وهو الحركة

---

(١) في(ح): (تحيض).

(٢) في (ب): (المحيض).

(٣) في(ح): (ألزمها).

(٤) قوله: (تحمل بمضي) في(ح): (يمضي).

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ١٠١.

فلا يلزمها أن[1] تطلب دليلاً آخر وهو الحيض.

وعدة المريضة والمرضع أربعة أشهر وعشرٌ؛ لأن هاتين لم يتأخر الحيض عنهما لريبة في الحمل، وإنما ذلك لما نزل بهما فنقله[2] وأخره عن وقته.

وكذلك حكم الصغيرة، والكبيرة اليائسة، والتي لم يدخل بها؛ حكم المدخول بها هن في ذلك سواء ينتظرن أربعة أشهر وعشراً.

فصل
[في عدة الأمة في الطلاق]

وعدة الأمة في الطلاق إذا كانت ممن تحيض حيضتان، ولا تفارق الحرة إلا في هذا الوجه وهما فيما سوى ذلك سواء. وإن كانت لا تحيض لصغر، أو كبر، أو شابة لم تر حيضاً؛ فثلاثة أشهر. وإن كانت مرتابة، أو مستحاضة؛ فسنة.

وقال ابن الماجشون في المبسوط قال غير واحد من علمائنا الماضين والتابعين: إذا كانت لا تحيض لصغر أو كبر؛ شهر ونصف. وقال آخرون: شهران؛ فشهرٌ ونصف نصفُ عدة الحرة، وشهران مكان كل حيضة شهر، وكل هذا ضعيف؛ لأن الثلاثة أشهر في الحرة إنما كانت لأنها المدة التي يظهر فيها الحمل فكانت الحرة والأمة في هذا سواء، ولو جعلت الأمة في هذا على النصف من عدة الحرة لم تبرئها؛ لأنها مدة لا يتبين فيها براءة الرحم.

---

(١) قوله: (يلزمها أن) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (فنقله) ساقط من (ش١).

واختلف في المستحاضة والمرتابة، هل تعتد بثلاثة أشهر، أو بتسعة، أو بشهرين وخمس ليال؟ فقال مالك في كتاب محمد: ثلاثة أشهر[1]. وهذا موافق للقول في الحرة: إذا كانت مرتابة أو مستحاضة؛ أنها تعتد أربعة أشهر وعشراً، لأنها لا تلحق بالحرة، وإن ردت إلى النصف كانت مدة لا يتبين فيها الحمل. وقيل: تعتد بتسعة أشهر أمد الوضع، وهذا تتساوى فيه الحرة والأمة.

وقال ابن القاسم في العتبية: إذا كانت ترضع اعتدت بشهرين وخمس ليال وإن لم تحض، إلا أن تستريب[2]. يريد: بحس بطن، فجعلها على النصف وإن كانت ممن يخشى منها الحمل.

وقال مالك في كتاب محمد: تعتد بشهرين وخمس ليال إن كانت صغيرة لم تبلغ الوطء، أو يائسة، أو لم يدخل بها، وإلا[3] فثلاثة أشهر وهو أقل ما يتبين فيه الولد، فإن تزوجت قبل تمام ثلاثة أشهر فسخ النكاح[4].

وقال محمد: يفسح النكاح[5] إن كانت قد دخل بها وهي ممن يبلغ مثلها الحمل، ولا عقوبة عليها إلا أن تتزوج قبل شهرين وخمس ليال[6].

اتفقت هذه الأقوال أنها إن كانت ممن تحيض أجزأها شهران وخمس ليال فيهن حيضة[7].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٦.

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٧٦.

(٣) قوله: (وإلا) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩.

(٥) قوله (النكاح) ساقط من (ح).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٩، ٣٠.

(٧) في (ش١): (وخمس ليال إن حاضت).

واختلف إذا عدمت الحيض على ثلاثة[1]؛ فقيل: تعتد بشهرين وخمس ليال، وإن كانت شابة يخشى منها الحمل، وهو قول ابن القاسم في العتبية[2]، وقيل: لا يبرئها[3] إلا ثلاثة أشهر[4]، وهو أحد قولي مالك[5].

والثالث: أنها إن كانت ممن يخشى منها الحمل فثلاثة أشهر، وإن كانت صغيرة أو يائسة أو لم يدخل بها فشهران وخمس ليال على النصف، وهو أحسنها.

قال محمد: ويجري الجواب في المريضة على الخلاف المتقدم والتفصيل[6]، فأما المرضع وهي شابة مدخول بها؛ فأرى أن تعتد ثلاثة أشهر/ على الصحيح من المذهب.

(ب) ٢٧٦/أ

وقال يحيى بن سعيد: إذا كانت ممن لم تحض اعتدت بأربعة أشهر وعشر، إلا أن تحيض حيضة قبل شهرين وخمس ليال. وفي الطلاق بثلاثة أشهر، إلا أن تحيض حيضتين قبل ذلك. وإن انقضت الأشهر الثلاثة ثم حاضت حيضة؛ اعتدت بأخرى[7].

---

(١) قوله (على ثلاثة) ساقط من (ح).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٩٨.

(٣) في (ب): (يجزئها).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٩٨.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٧٨ و ٢/ ٨.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣١.

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٨.



باب
في الإحداد



الإحداد يجب في عدة الوفاة دون عدة الطلاق، والأصل فيه قول النبي ﷺ: «لاَ يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاَثِ لَيَالٍ إِلاَّ عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، وَلاَ تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا إِلاَّ ثَوْبَ عَصْبٍ وَلاَ تَكْتَحِلُ وَلاَ تَمَسُّ طِيبًا إِلاَّ إِذَا طَهُرَتْ نُبْذَةً مِنْ قُسْطٍ وَأَظْفَارٍ». أخرجه البخاري ومسلم(١).

وقيل في قول الله ﷻ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] أي: عن الزينة والتزويج ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤] التزويج وأن تتزين وتتشوف وتلتمس الأزواج، وحمل الآية على العموم في كل ما هي ممنوعة منه في العدة من نكاح وغيره، والصغيرة والآيسة في ذلك سواء.

ولا يجب الإحداد في ملك اليمين، فمن مات عن أمة كان يصيبها أو أم ولد أو مدبرة؛ لم يكن عليها إحداد(٢).

والإحداد يجب على المتوفى عنها زوجها(٣) إذا كانت مسلمة، حرة كانت أو أمة(٤).

---

(١) أخرجه البخاري: ١/ ٤٣٠، في باب حد المرأة على غير زوجها، من كتاب الجنائز، برقم (١٢٢١)، ومسلم: ٢/ ١١٢٦، في باب وجوب الإحداد في عدَّة الوفاة...، من كتاب الطلاق، برقم (١٤٩٠).

(٢) انظر: التلقين: ١/ ١٣٧، والمعونة: ١/ ٦٣٣.

(٣) قوله (زوجها) ساقط من (ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٢- ١٤، والمعونة: ١/ ٦٣٢.

واختلف في أربع: في الكتابية، وامرأة المفقود، والتي تتزوج في المرض، والنكاح الفاسد. فقال في المدونة: على الكتابية الإحداد. وقال ابن نافع: لا إحداد عليها[١]. وقال مالك في مختصر ابن عبد الحكم: عدتها استبراء رحمها، فعلى هذا لا يكون عليها إحداد، وحمل الآية على الغالب من مناكح المسلمين أنهن المسلمات[٢]، والإحداد عبادة، والكافرة غير مخاطبة بذلك.

والأول أحسن أن تكون كالمسلمة في الشهور والإحداد؛ لأن ذلك مما يتعلق به حق الزوج والولد، فجعل في الزوجة المتوفى عنها العدة[٣] والإحداد حماية لئلا تعجل بالنكاح في العدة، وهذا تستوي فيه المسلمة والكافرة.

وقال أشهب في كتاب محمد في المفقود تعتد زوجته أربعة أشهر وعشراً: عليها الإحداد[٤].

وقال عبد الملك في المبسوط: لا إحداد عليها[٥]؛ لأن الإحداد إنما يقع بحقيقة الموت، ولعله في المفقود طلاق[٦]، وهذا أحسن والأول أحوط؛ لإمكان أن يكون وافقت هذه الأشهر الموت.

وأرى أن تعتد بأقصى الأجلين أربعة أشهر وعشراً مع ثلاث حيض؛ لأن أمره متوقف بين ثلاثة أوجه: إما أن يكون حيًّا فهو طلاق، أو ميتاً وهي الآن في عدة منه فتعتد عدة الوفاة، أو قد انقضت عدتها فلا شيء عليها.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٤١.

(٢) انظر التلقين: ١/ ١٣٧، والإشراف على نكت مسائل الخلاف: ٢/ ٧٩٨.

(٣) في(ح): (لأمد الحركة).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٣.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٣.

(٦) في (ش١): (كالطلاق).

وقد اتفق المذهب أنه لا يقسم ماله وأنه فيه على الحياة[١]، وإذا كان ذلك فتعتد بأقصى الأجلين.

واختلف قول ابن القاسم فيمن تزوج في المرض أو تزوج امرأة في عدتها؛ فقال: تعتد بثلاث حيض. وقال: أربعة أشهر وعشراً[٢]، فعلى هذا يكون فيه الإحداد.

فقاس الفاسد على الصحيح؛ لأنه نكاح يلحق فيه النسب، وقد جعل الله العدة في الوفاة مدة يتبين فيها الحمل والحركة لمّا كان القائم بالنسب ميتاً والنسب حق للأب والولد.

وقال محمد: إذا استبرئت بحس بطن تبقى على الإحداد ما استرابت. وقال ابن حبيب: وإن بعد خمس سنين[٣].

وقال أصبغ في كتاب محمد في المستحاضة والمرتابة بتأخر الحيض: إن تزوجت بعد تمام الأربعة أشهر وعشر ولم تنتظر التسعة الأشهر؛ لم يفسخ نكاحها[٤]، وجعل التمادي إلى التسعة الأشهر على وجه الاحتياط، وعلى قوله يكون الإمساك عن الزينة والإحداد فيها احتياطاً، وإن تمادت ولم تحد فيها لم تأثم.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢، والتلقين: ١/ ١٢٣.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤١.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٣.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٠.

فصل
[في صفة الإحداد وعما يكون]

الإحداد يتضمن الامتناع من خمس: لباس المصبغات إلا السواد، والحلي والخاتم فما فوقه، والكحل، والطيب، وإلقاء التفث.

قال مالك: تلبس الحاد البياض -الكتان والقطن والحرير- ولم تمنع الحسن من الثياب إذا كانت بيضاً. ومنع من المصبوغ: الحمر والصفر، والخضر، والدكن[١] وإن كانت من صوف أو قطن أو كتان[٢].

وقال أيضاً في عصب اليمن[٣]: رقيقه بمنزلة المصبوغ من غيره، ووسع في غليظه وإن كان مصبوغاً. وقال ربيعة: تتقي شهرة الثياب[٤].

وإليه ذهب أبو محمد عبد الوهاب، فقال: تمنع من كل زينة من اللباس والطيب وكل ما تتزين به المرأة لزوجها ويدعو الزوج إلى نكاحها ويهيج الشهوة[٥].

وهذا أحسن، وأرى أن تمنع من الثياب الحسنة وإن كانت بيضاً؛ لأنها تزيد في الوضاءة وتنظر/ حينئذ لنفسها ويتشوف لها، وكذلك الرفيع من السواد؛ وعلى هذا يدل قوله ﷺ: «**وَلاَ تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا إِلاَّ ثَوْبَ**

(ب) ٢٧٦/ب

---

(١) قوله: (الحمر..... والدكن) في (ش١): (الأحمر والأخضر والأصفر، والأدكن).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ١٥.

(٣) عصب اليمن: بفتح العين غير منقوطة ووقف الصاد غير منقوطة، هي ثياب تأتي من اليمن. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: ٤٤.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٤.

(٥) انظر: المعونة: ١/ ٦٣٣.

عَصْبٍ»[١]. أنه راعى الجيد من الدنيء.

ولا أرى أن يمنع الأخضر والأزرق الرديء، ويباح النفيس من الحرير.

وإذا لم تجد إلا ثوباً مصبوغاً فقدرت على بيعه أو تغيير صبغه بسواد فعلت، وإن لم تجد لبست، وقد يستخفُّ[٢] بقاؤه على حاله إذا كان في تغييره فساد.

ومنع مالك الحلي - قياساً على ما جاء في منع المصبوغ والكحل؛ لأن كل ذلك من زينة النساء. - ولا تلبس خاتماً ولا خرصاً ولا خلخالاً لا فضة ولا ذهباً[٣].

ومنع محمد خاتم الحديد[٤].

وقاس أشهب على هذا التفث[٥]؛ فقال: لا تدخل الحمام ولا تطلي جسدها، ولا بأس أن تستحدّ، وهذا صواب؛ لأن الإحداد أضيق من الإحرام للمرأة. وقد أجيز للمحرمة لباس الحلي والمصبوغ ومنعت ذلك الحادّ، وإذا كان ذلك ومنعت المحرمة[٦] من الحمام وأن تطلي جسدها كانت الحاد أولى بالمنع.

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ١/ ١١٩ في باب الطيب للمرأة الْقُسْطِ للحادَّة عند غسلها من المحيض الطُّهْرِ، من كتاب الحيض الطلاق، برقم (٣٠٧)، ومسلم: ٢/ ١١٢٧ في باب نهي النساء عن ابتاع الجنائز، من كتاب الجنائز، برقم (٩٣٨).

(٢) في (ب) و(ح): (يستحب).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١٤.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٢.

(٥) التفث: هو إِذْهابُ الشَّعَث والدَّرَن والوَسَخ مطلقاً. انظر: لسان العرب: ٢/ ١٢٠.

(٦) قوله: (ومنعت المحرمة) في (ش١): (وكانت المحرمة ممنوعة).

واختلف في الكحل إذا كان بها رمد؛ فروي عن النبي ﷺ مَنْع ذلك[١].

وقال في مختصر ابن عبد الحكم: لا تكتحل بإثمد فيه طيب وإن اشتكت عينها[٢]. وقال أيضا: لا تجعل الصبر على عينها إلا أن تضطر فتجعله بالليل وتمسحه بالنهار.

وقال مالك: ولا تمشط[٣] بشيء من الحناء والكتم ولا بما يختمر في رأسها، ولا بأس بالسدر[٤].

وقال في الأمة يموت عنها زوجها، فيريد سيدها بيعها وأن يزينها للبيع؛ فلا تلبس الثياب المصبوغة ولا الحلي ولا شيئاً[٥] من الزينة، ولا تتطيب بشيء من الطيب ولا بأس بالزيت، ولا يضع بها ما لا يجوز للحاد أن تفعله[٦].

---

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ١/ ١١٩، في باب الْقُسْطِ لِلْحَادَّةِ عِنْدَ الطُّهْرِ، من كتاب الطلاق، برقم (٣٠٧)، ومسلم: ٢/ ١١٢٧، في باب وجوب الإحداد في عدَّة الوفاة...، من كتاب الطلاق، برقم (٩٣٨).

(٢) من قوله: (وقال في مختصر ابن عبد الحكم... عينها) ساقط من (ب). وانظر: الاستذكار، لابن عبد البر: ٦/ ٢٣٧.

(٣) في(ح): (تخضب).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٥.

(٥) في (ب) و(ح): (شيء).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ١٣.

باب

ما جاء[1] في العدة من النكاح الفاسد، والأمة تعتق وهي في العدة، وفي أم الولد يموت عنها سيدها وزوجها، والعدة من الصبي والخصي




النكاح الفاسد على وجهين: مجمع على فساده، ومختلف فيه. فإن كانت المرأة في عدة من طلاق وكان مجمعاً على فساده؛ اعتدت بثلاث حيض[2]. وقيل: حيضة استبراء؛ لأن الزيادة على الواحدة تعبد.

وإن كان مختلفاً فيه؛ اعتدت بثلاث حيض.

وإن كانت في عدة من وفاة وكان مجمعاً على فساده ومات قبل الدخول؛ لم يكن عليها عدة.

واختلف إذا مات بعد الدخول هل تعتد بثلاث حيض أو أربعة أشهر وعشراً.

ويختلف إذا كان مختلفاً فيه، ومات قبل الدخول؛ فمن جعل فيه الميراث جعل عليها العدة، ومن لم يرَ فيه الميراث لم يجعل عليها عدة، فإن دخل كانت الموارثة وعدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً.

وذكر محمد عن ابن القاسم في كتاب النكاح فيمن تزوج امرأة[3] في

---

(١) قوله: (ما جاء) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٢.

(٣) قوله: (امرأة) ساقط من (ب).

المرض ثم مات؛ أنها تعتد أربعة أشهر وعشراً[١].

وذكر عنه في كتاب العدة فيمن تزوج امرأة في عدتها ثم مات عنها؛ أنها تعتد بأربعة أشهر وعشرٍ[٢]. وقد مضى ذكر وجه قوله في الرسم الذي قبل.

فصل
[فيما إذا طلقت الأمة ثم أعتقت]

وقال ابن القاسم في الأمة تطلق طلقة رجعية أو بائنة فاعتدت حيضة أو شهراً ثم أعتقت: فإنها تبني على عدتها ولا تنتقل إلى عدة الحرائر. وكذلك إذا كانت عدة من وفاة فاعتدت شهراً ثم أعتقت؛ أنها[٣] تبقى على عدتها ولا تنتقل إلى عدة الحرة[٤].

قال الشيخ: فإن كانت من طلاق رجعي غير بائن ثم أعتقت بعد حيضة أو شهر ثم مات زوجها؛ انتقلت إلى عدة الحرائر[٥] في الوفاة أربعة أشهر وعشراً، لأن العتق سبق عدة الوفاة.

فصل
[في عدة أم الولد والأمة]

وعدة أم الولد إذا مات سيدها حيضة[٦]؛ طلقها زوجها أو مات عنها.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤١.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤١.

(٣) قوله (أنها) ساقط من (ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٧.

(٥) في (ب): (الحرة).

(٦) قوله: (إذا مات سيدها حيضة) ساقط من (ح).

وعدة الأمة إذا طلقت حيضتان، وإن[1] مات عنها[2] زوجها فشهران وخمس ليالٍ[3]، وعدتها إذا مات سيدها حيضة[4].

وقال ابن القاسم: وإن مات عنها أو أعتقها وهي في أول دمها؛ لم يجزئها واستأنفت حيضة، وذلك لاختلاف أهل العلم فيها؛ فقال بعضهم: عليها أربعة أشهر وعشرٌ. وقال بعضهم: ثلاث حيض[5].

فأما الأشهر فلأنها حرة تعتد من وطء ميت فقاسها على الزوجة، وأما الثلاثة الأقراء فلأنها حرة تعتد من وطء ميت[6] بغير زوجية.

وقول مالك أصوب؛ لأن المراعى أصل الوطء[7] ليس ما آلَ إليه، فإذا[8] كان بملك يمين كان استبراء وإن طرأ عليه عتق، وإن كان أصله بزوجية كانت على أحكام العدة. وقد راعى مالك مرة وقت العدة دون الأصل في الإصابة، وقال في النكاح الصحيح يطرأ عليه فسخ: إنها تستبرئ بحيضة ولا تكون عدة[9].

وقياس مذهبه في أم الولد إذا لم يراع الخلاف فأعتقت أو مات عنها سيدها/ وهي في أول الدم أن تجزئها تلك الحيضة.

(ب) 277/أ

(١) قوله: (حيضتان وإن) ساقط من (ح).

(٢) قوله: (عنها) ساقط من (ب).

(٣) قوله: (فشهران وخمس ليالٍ) ساقط من (ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ١٤، والتفريع: ٢/ ٦٨، والتلقين: ١/ ١٣٧، والمعونة: ١/ ٦٢٥.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ١٨.

(٦) من قوله (فقاسها على...) ساقط من (ح).

(٧) زاد في (ب): (وإن كان أصله بزوجية).

(٨) في (ب) و(ح): (وإن).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٥٦.

وإذا كانت عادة أم الولد تأخر الحيض لبعد الثلاثة الأشهر انتظرت الحيضة.

والقياس: إذا مرت الثلاثة الأشهر أن تحل، وإذا كانت ذات زوج فمات زوجها وسيدها؛ فإن مات السيد قبل اعتدت من الزوج أربعة أشهر وعشراً، وإن مات زوجها قبل اعتدت عدة[1] الأمة، ثم يُنظر إلى موت السيد؛ فإن كان موته قبل أن تحل لم تعتد منه، وإن كان بعد أن حلت اعتدت منه بحيضة، وإن لم يعلم أيهما مات أولاً اعتدت أربعة أشهر وعشراً من آخرهما موتاً؛ لإمكان أن يكون موت السيد أولاً، وحيضة لإمكان أن يكون موت الزوج قبل، وهذا إذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال، والحيضة التي تحيضها في خلال الأربعة الأشهر وعشر ليال[2] تجزئها، فإن لم تر حيضاً أجزأت الأربعة الأشهر وعشرٌ؛ لأنه إن كان السيد آخرهما موتاً[3] كانت عدتها منه حيضة، وإن لم تر حيضاً فثلاثة أشهر تجزئها، فهي قد تربصت أكثر من ذلك وهي أربعة أشهر وعشرٌ، إلا على القول أنها تطلب الحيضة وإن بعدت.

فصل
[في عدة زوجة الصبي والخصي]

ولا عدة على زوجة[4] الصبي إذا صالح عنه أبوه أو وصيه بعد البناء، وعليها العدة في الوفاة وإن لم يبْن بها أربعة أشهر وعشراً[5].

---

(١) قوله (عدة) ساقط من (ح).

(٢) في (ب) و(ح): (الأربعة الأشهر وعشرٌ).

(٣) قوله: (موتاً) ساقط من (ش١).

(٤) في(ح): (امرأة).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٥.

وكذلك الخصي إذا كان ممسوحاً لا عدة عليها إن طلق بعد البناء، وعليها عدة الوفاة وإن لم يبْن بها[١].

واختلف إذا كان قائم الذكر ذاهب الأنثيين فطلق بعد البناء؛ فقيل: عليها العدة لأنه يصيب. وقال ابن حبيب: لا يولد له.

وهذا هو المعلوم وما عُلِم أنه وُلِدَ لمن[٢] ذكر، وإذا كان ذلك لم يكن عليها عدة؛ لأن العدة إنما كانت لما يخشى من الحمل ليس بمجرد الوطء، ولو كان ذلك لوجبت العدة من وطء الصبي؛ فهو يصيب اليوم ثم يطلق فلا يكون عليها عدة، ويصيب غداً، وقد احتلم فتكون عليها العدة.

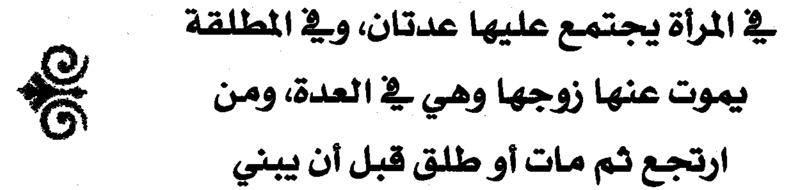
---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٧.

(٢) قوله: (علم أنه وُلد لمن) في (ح): (علم أحد ولد له ممن).

باب





في المرأة يجتمع عليها عدتان، وفي المطلقة يموت عنها زوجها وهي في العدة، ومن ارتجع ثم مات أو طلق قبل أن يبني

وإذا تزوجت المرأة وهي في عدتها؛ استأنفت العدة من يوم يفرق بينها وبين الأخير. وإن كانت في عدة من طلاق وهي ممن تحيض؛ فثلاث حيض. وإذا كانت لا تحيض لصغر أو كبر؛ فثلاثة أشهر. وإن كانت مرتابة أو مستحاضة؛ فسنة. وإن كانت حاملاً من الأول؛ أجزأها الوضع منهما جميعاً[١].

واختلف قول مالك إذا كان الحمل من الآخر، هل يجزئها الوضع، أو تستأنف بعد الوضع تمام عدة الأول؟ وعدتها في كل ذلك في بيت الأول ولا يدخل إليها واحد منهما، فإن انقضت عدة الأول أتمت[٢] في بيت الآخر[٣].

وإن كانت في عدة من وفاة؛ انتظرت أقصى العدتين -أربعة أشهر وعشراً- من الأول وكانت عدة الآخر على أحكام عدة الطلاق ثلاثة أقراء أو ثلاثة أشهر أو سنة. فإن انقضت عدة الأول قبل؛ سقط عنها الإحداد وانتقلت إلى بيت الآخر. وإن انقضت عدة الآخر؛ بقيت على عدتها وإحدادها. وإن كانت حاملاً من الأول؛ بقيت على الإحداد حتى تضع فتحل. وإن كان الحمل من الثاني؛ سقط عنها الإحداد إذا مرت بها ستة أشهر من يوم تزوجت الثاني ولم تضع؛ لأنه يحمل على أنه من الثاني إذا كان تزويجها بعد حيضة من الأول.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢.

(٢) في (ش١): (اعتدت).

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢.

فصل

[فيمن نعي لها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها الأول]

ومن نعي لها زوجها فاعتدت ثم تزوجت ودخلت ثم قدم الأول؛ ردت إليه بعد انقضاء عدتها من الثاني حسب ما تقدم من عدد الطلاق. وإن طلقها القادم بعد[1] مضي بعض[2] عدتها من الثاني؛ انتظرت أقصى العدتين وتكون في بيت الثاني، لأن العدة منه توجهت عليها فيه[3] قبل طلاق القادم، وإن انقضت عادت إلى بيت الأول[4].

وكذلك إذا[5] توفي الأول اعتدت بأقصى العدتين؛ من الثاني عدة الطلاق، ومن الأول عدة وفاة[6].

ويلزم الإحداد من يوم وفاة الأول، فإن انقضت عدة الثاني بالأقراء بقيت على الإحداد حتى تنقضي عدة الوفاة[7]، وإن انقضت عدة الوفاة قبل؛ سقط الإحداد. فإن كانت عدتها من الثاني بالشهور؛ كان/ انقضاء عدتها منه قبل انقضاء عدة الوفاة.

(ب) ٢٧٧/ب

وإن كانت مرتابة أو مستحاضة؛ نظرت أيهما ينقضي قبل، لأن عدتها من الثاني سنة ومن الأول أربعة أشهر وعشر أو تسعة أشهر على القول الآخر، وقد

---

(١) في (ش١): (قبل).

(٢) قوله: (بعض) ساقط من (ش١).

(٣) قوله (فيه) ساقط من (ح).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٢٨، والبيان والتحصيل: ٥/ ٤٠٥.

(٥) في (ش١): (إن).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٢.

(٧) قوله: (عدة الوفاة) في(ح): (عدتها لوفاة الزوج).

يكون موت القادم بعد مضي أكثر السنة[1] من الثاني.

وإن كانت حاملاً من القادم؛ كان الوضع براءة لها.

واختلف إذا كان من الثاني هل يبرئها الوضع، أو تستأنف عدة الوفاة بعد الوضع؟ فإن طلق القادم ومات الثاني وهي غير حامل؛ كانت عدتها من الثاني ثلاث حيض وليس عدة الوفاة، لأنه نكاح فاسد[2].

فصل

[فيما إذا مات الزوج والمرأة في العدة]

وإذا كانت المرأة في عدتها من طلاق بائن ثم مات زوجها؛ لم تنتقل إلى عدة الوفاة. وإن كان الطلاق رجعيًّا؛ انتقلت إلى عدة الوفاة[3].

واختلف في سقوط عدة الطلاق؛ فقال مالك وابن القاسم وغيرهما من أصحابه: إنها ساقطة، وإنما[4] تعتد عدة الوفاة فقط. وقال سحنون: تعتد أقصى العدتين، فإن انقضت عدة الوفاة قبل؛ سقط الإحداد، وانتظرت بقية الأقراء[5].

فإن كان الطلاق رجعيًّا فارتجع أو بائناً فتزوجها في العدة ثم لم يمس حتى طلق أو مات؛ افترق الجواب، فإن طلق[6] وكان الطلاق الأول رجعيًّا

---

(١) قوله: (السنة) في (ش١): (من السنة).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ١١، والتلقين: ١/ ١٣٧

(٤) في (ش١): (وأنها).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥.

(٦) من قوله: (كان الطلاق رجعيّاً...) ساقط من (ب).

استأنفت العدة؛ لأن الرجعة هدمت العدة الأولى، وإن كان الطلاق بائناً ثبتت على العدة الأولى، وإن مات اعتدت العدتين.

قال مالك: تعتد أقصى العدتين، فتتم بقية عدة الطلاق وأربعة أشهر وعشراً من يوم مات بالإحداد[1].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٥.



باب
في عدة من اعترف زوجها أنه كان قد[1] طلقها

وقال مالك في من قدم من سفر فزعم أنه طلق زوجته منذ سنة، قال: إن لم يكن إلا قوله؛ لم يقبل قوله[2] واستأنفت العدة من يوم أقر، وإن مات ورثته وإن ماتت لم يرثها، وإن حاضت ثلاث حيض من اليوم الذي كان يقول إنه[3] طلقها فيه؛ فلا رجعة له، فإن أقر بالبتة لم يصدق في العدة، وإن ماتت فيه[4] لم يتوارثا[5].

قال[6]: وإن شهد شاهدان أنه كان طلقها؛ كانت العدة من يوم طلق ليس من يوم بلغها، وما أنفقت من ماله قبل أن تعلم؛ فلا غرم عليها لأنه فرط[7].

قال محمد: فإن قدم من أعلمها، فإن شهد بذلك رجل أو رجل وامرأتان؛ لم يكن ذلك بشيء حتى يشهد من يحكم السلطان بشهادته وهو أَلْبَسَ[8] على نفسه، وسواء خلف عندها نفقة أو تسلفت فأنفقت[9]، قال ابن كنانة: وإن شهد شاهدان بالطلاق وكانا ممن لا يتعقب[10] عليهما ولا يجرح مثلهما لم يتأنَّ الحاكم ليقدم الزوج، قال ابن القاسم: إلا أن يكون الشيء القريب.

---

(١) قوله: (قد) ساقط من (ش١).
(٢) قوله: (يقبل قوله) في (ش١): (يعتبر).
(٣) قوله: (إنه) في (ش١): (كان إنه).
(٤) قوله: (فيه) ساقط من (ب).
(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٢٦، ٢٧.
(٦) قوله: (قال) ساقط من (ش١).
(٧) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٢٥.
(٨) في (ش١): (لَبَّس).
(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٠.
(١٠) في (ب): (يتبع)، وفي (ح): (يثبت).




باب
في النكاح والمواعدة في العدة

النكاح والمواعدة في العدة ممنوعان، والتعريض جائز، والأصل في ذلك قول الله ﷻ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۚ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٥] وقد تضمنت هذه الآية إباحة وجهين؛ وهما: التعريض، وما يضمر[١] في النفس من غير نطق.، ومنع وجهين هما أشد من الأولين: المواعدة، والعقد.

واختلف في معنى قول الله سبحانه ﴿لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ فقال ابن عباس ومجاهد وعكرمة والشعبي والسدي وقتادة وسفيان: لا تأخذ ميثاقها وهي في عدتها ألا تتزوج غيرك[٢].

وقيل: السر هاهنا الزنا[٣]، وليس هذا بحسن؛ لأن الزنا عليه محرم في العدة وغيرها، وإذا كان الزنا محرماً لم يكن لذكر المواعدة عليه وللاختصاص بذكره في العدة وجه، وإنما ابتدأت[٤] الآية بإباحة التعريض، ثم أخبر ﷻ أن المواعدة بخلاف ذلك؛ لئلا يظن أنها مثلها، وأتى بها على وجه الاستثناء من الأول؛ فقال: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ فكان محمل الاستثناء على أنه مما يتعلق بالأول حتى يقوم دليل على غير ذلك، ثم أبان ذلك باستثناء ثانٍ؛ فقال:

---

(١) في(ح): (يضمره الإنسان).

(٢) انظر: تفسير ابن كثير: ١/ ٦٤٠، وانظر تفسير الطبري: ٥/ ١١٥.

(٣) انظر: تفسير الطبري: ٢/ ٥٣١.

(٤) في (ش١): (أنزلتا).

﴿إِلَّآ أَن تَقُولُواْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا﴾ وهو التعريض الذي ابتدأ بذكره، ثم قال: ﴿ وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] فعلم أن المراد بأول الآية ووسطها وآخرها هو مما تختص به العدة من عقد ومواعدة وتعريض، والتعريض: أن يقول إني فيك لراغب، وإنك علي لكريمة، وإن الله لسائق إليك خيراً، وإنك لنافعة، وإني بك لمعجب، وإني لك لمحب، وأن يقدر أمراً سيكون.

قال في كتاب محمد: وإني لأرجو أن أتزوجك. قال مالك: ولا بأس أن يهدي لها[1].

يريد: لأن المفهوم من الهدية التعريض، وهذا الحكم في دخول نكاح على نكاح، والحرة/ والأمة في ذلك سواء.

(ب) ٢٧٨/أ

ويتصور في الأمة أربعة أوجه: نكاح على نكاح، وملك على ملك، ونكاح على ملك، وملك على نكاح. فإن كانت في عدة من طلاق أو وفاة؛ لم يعقد عليها سيدها نكاحاً ولا يواعد عليه[2]، ويجوز له البيع والمواعدة عليه لمن يريدها للوطء.

وكذلك في دخول ملك على ملك يجوز، وإن كان في موضع لا يجوز فيه الوطء. قال مالك: لا يجوز عقد النكاح إلا في موضع يجوز فيه الوطء[3].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٤.

(٢) في (ش١): (عليها).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٨١.

فصل

[فيمن تزوج امرأة في العدة هل تحرم عليه أم لا؟]

اختلف في تحريم الزوجة على من تزوجها في العدة على أربعة أقوال: فقال مالك: تحرم إذا دخل في العدة أو بعد انقضائها[١]، ولا تحرم إذا فرق بينهما قبل الدخول في العدة. وقال أيضاً: إن دخل بعد العدة؛ فسخ وما هو بالحرام البين[٢]. يريد: حتى يدخل في العدة. وروى ابن الجلاب أنه روي عنه: أنها تحرم بالعقد وإن فسخ قبل الدخول[٣].

واختلف فيه عن عبد العزيز بن أبي سلمة، فقال: تحرم دخل في العدة أو بعدها. وذكر ابن سحنون عن ابن نافع أنه قال: لا تحرم وإن أصاب في العدة[٤].

واختلف إذا قبّل أو باشر في العدة؛ فقال ابن القاسم: تحرم[٥].

واختلف عنه في كتاب محمد؛ فقال مرة: تحرم. وقال مرة: لا تحرم وأحب[٦] إلي ألا ينكحها من غير قضاء، قال: لأن في الوطء نفسه اختلافاً فكيف بما دونه[٧]. قال محمد: وإن أرخيت الستور ثم تقاررا على أنه لم يمس[٨]؛ لم تحل له أبداً[٩].

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٤/ ٤٣٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٣.

(٣) انظر: التفريع: ١/ ٤١٥.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٧.

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٦.

(٦) في (ب) و(ح): (وقال مرة: وأحب).

(٧) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٢٧.

(٨) قوله: (على أنه لم يمس) في (ش١): (على أنه لمس).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٣.

ودخول وطء على وطء على أربعة أقسام: فإن كان الوطئان بنكاح وقع التحريم، إلا ما[1] ذكر عن عبد العزيز[2]. وإن كانا بملك يمين لم تحرم.

واختلف إذا كان أحدهما بنكاح، والآخر بملك يمين؛ بأن تتزوج[3] وهي في الاستبراء من وطء الملك، أو توطأ بالملك[4] وهي في عدة من نكاح؟

فقال مالك: متى وجدتَّ ملكاً خالطه نكاح بعده[5] في البراءة، أو ملكاً[6] دخل على نكاح؛ فذلك كله يجري مجرى المصيب في العدة. قال سحنون: وقد روي أيضاً أنه ليس كالتزويج[7] في عدة[8].

فردّه في القول الأول إلى نكاح على نكاح، وفي القول الآخر إلى ملك[9] على ملك. والقياس: إذا كان الأول نكاحاً أن يحرم وإن كان الثاني ملكاً، وإن كان الأول ملكاً ألا يحرم وإن كان الثاني نكاحاً.

---

(١) في (ش١): (بها).

(٢) أي عبد العزيز بن أبي سلمة السابق.

(٣) في (ش١): (وإن تزوج).

(٤) في (ش١): (أو وطء بملك).

(٥) في برلين: (بعدة).

(٦) في (ش١): (في امرأة أو ملكاً).

(٧) في (ش١): (كالمتزوج).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٢٣.

(٩) في (ش١): (نكاح).

فصل
[فيما إذا واعد في العدة ونكح بعدها]

واختلف إذا واعد[١] في العدة ونكح بعد - في فسخ النكاح[٢]، وفي التحريم فيما بعد. فقال مالك في المدونة: فراقها أحب إليَّ، دخل بها أو لم يدخل وتكون طلقة ثم يخطبها بعد أن تحل[٣]. فجعل الفراق على وجه الاستحسان، ولم يحرمها.

واختلف فيه قول ابن القاسم[٤]؛ فقال مرة: يفسخ بقضاء، وقال مرة: بغير قضاء. وقال محمد: قال أشهب: يفسخ ولا تحل أبداً[٥].

والقول الأول أحسن؛ لأن العقد لم يكن في العدة، وهذا إذا كانت المواعدة مع الزوجة والأب في البكر أو السيد فأما من لا تتزوج إلا برضاها فلا.

وقال مالك في المرأة تطلق طلاقاً رجعيًّا ثم تتزوج في عدتها ويراجعها زوجها الأول في العدة من قبل أن يفرق بينها وبين الآخر، قال: رجعته رجعة وليس له أن يصيبها حتى يستبرئها من الماء الفاسد بثلاث حيض إن كان دخل بها الآخر[٦].

قال الشيخ ﷺ: ولو ارتجع ثم أصاب[٧] قبل أن تنقضي عدتها من الآخر

---

(١) في(ح): (وعد).

(٢) من هنا سقط في (ح) إلى آخر الكتاب.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢١.

(٤) في(ش١): (ابن الماجشون).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٣.

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٢١.

(٧) في (ش١): (أصابها).

لم تحرم؛ لأنه مصيب لزوجته وليس هو مصيب في عدة.

وكذلك المنعي لها يقدم زوجها فيفرق بينها وبين الآخر فيصيبها القادم في عدة الآخر فإنها لا تحرم، لأنه ليس بمتزوج في عدة.

وكذلك المرأة تزني فيصيبها زوجها في استبرائها من الزنا فلا تحرم عليه؛ لأن التزويج تقدم الزنا(١).

ولو طلق رجل زوجته طلاقاً بائناً فتزوجت في العدة؛ لم يجز للأول أن يتزوجها وهي في عدتها(٢) فإن فعل كان فاسداً ويفسخ قبل الدخول وبعده، وتحرم عليه إن كان دخل بها في العدة منه أو من الثاني.

واختلف إذا كانت في عدة من زنا فتزوجت ودخل بها؛ فقيل: تحرم. وقيل: لا تحرم، سواء حامل أم لا؛ قاله ابن القاسم(٣)، إلا في عدة التزويج خاصة، ثم رجع ابن القاسم فقال: إن كانت حاملاً حرمت وإلا فلا. وقال أصبغ: لا أحب أن يتزوجها وإن لم تكن حاملاً، ولا يقضي بذلك عليه؛ لأنه إذا كانت عدة النكاح تحرم فالسفاح أحرم(٤).

وقال أشهب فيمن اغتصبت زوجته وهي حامل منه: لا بأس أن يصيبها زوجها. وقال أصبغ: أكرهه وليس يحرم(٥). والأول أقيس؛ لأن الحمل منه، وإنها يكره أن يسقي ماءه ولد غيره، وليس يكره أن يسقي ماءه ولده لأجل أن ماء غيره سقاه.

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٧.

(٢) في (ش١): (في عدة منها).

(٣) قوله: (سواء حامل أم لا؛ قاله ابن القاسم) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٥.

(٥) في (ش١): (بمحرم). انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٥.

وقال فيمن طلق زوجته طلاقاً رجعيًّا، ثم ارتجعها في عدتها، ثم طلقها كما هي[١] في عدتها ولم تعلم برجعته فتزوجت ودخل بها، ثم فرق بينهما: فلا يطأها الثاني إذا أصابها في العدة من الطلاق الثاني. ولو كان الطلاق الأول بخلع، ثم تزوجها في عدتها، ثم طلق قبل أن يدخل بها، ثم تزوجت بعد أن أوفت[٢] العدة؛ كان الثاني نكاحاً جائزاً، لأنه ليس عليها إلا تمام العدة الأولى، بخلاف الأولى[٣]/ فإن عليها عدتين.

(ب) ٢٧٨/ب

وقال مالك فيمن صالح زوجته على إن طلبت ما أعطته عادت زوجة، فطلبت ذلك فراجعها[٤] فأصابها ثم فرق بينهما: فلا يصيبها أبداً[٥].

وقال غير واحد من أصحابه: لا تحرم؛ لأنَّ الماءَ ماؤه[٦]، وهو أحسن؛ لأنه قد كان له أن يتزوجها في تلك العدة بولي وصداق.

وقال محمد في امرأة نسيت شوطاً من الطواف الواجب حتى تزوجت ودخل بها ففسخ النكاح فعادت فطافت ثم اعتمرت وأهدت: فلا تحل للزوج الذي تزوجها أبداً، ثم وقف عن تحريمها[٧].

وهذه مثل التي قبلها لا تحرم على زوجها لأن الماء ماؤه.

تم كتاب العدة بحمد الله

---

(١) في (ش١): (هو).

(٢) في (ش١): (وفت).

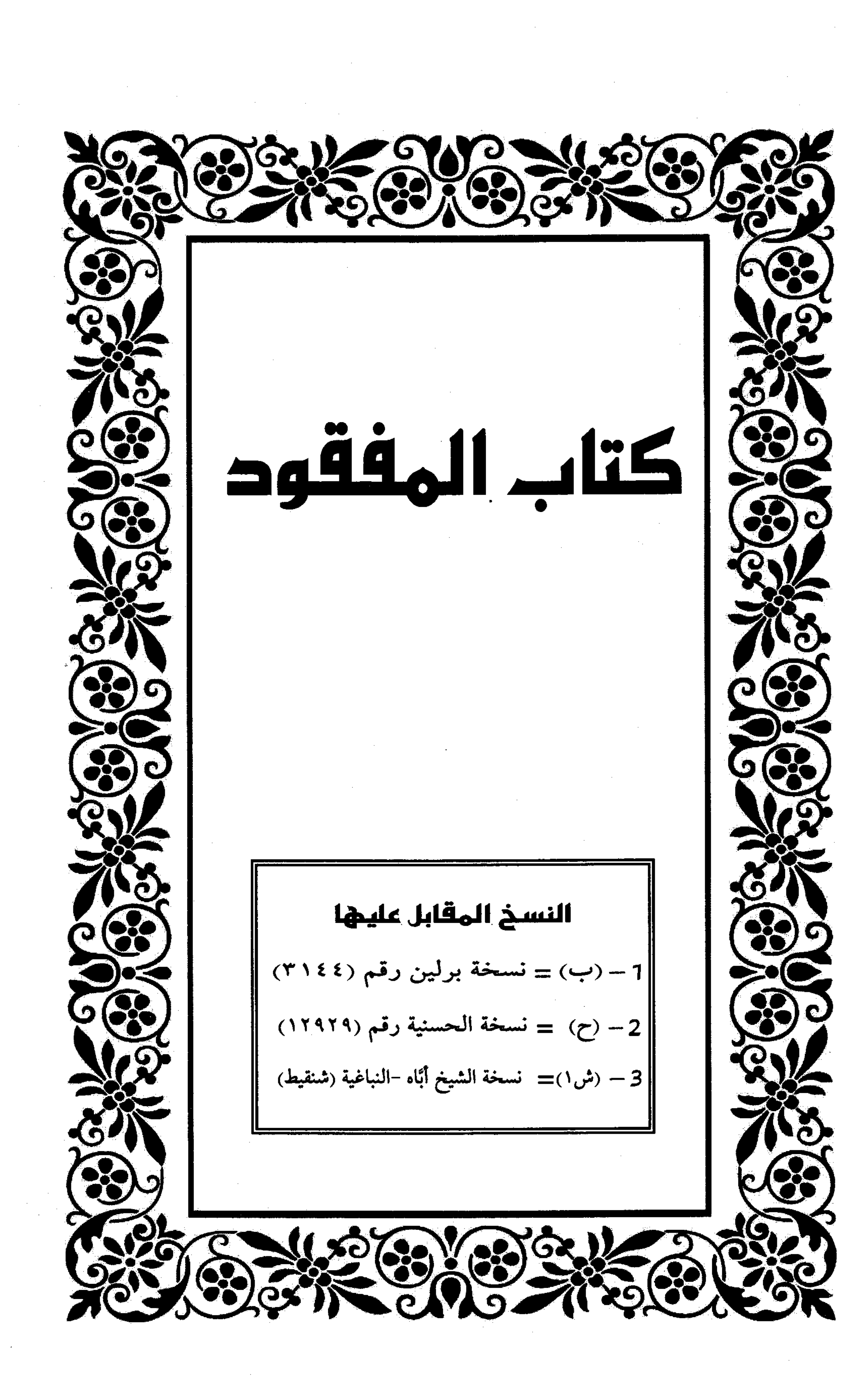
(٣) في (ب) و(ح): (الأول).

(٤) قوله: (فراجعها) ساقط من (ش١).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٩.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٨٣.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٧٨.



كتاب المفقود

النسخ المقابل عليها

1 - (ب) = نسخة برلين رقم (٣١٤٤)

2 - (ح) = نسخة الحسنية رقم (١٢٩٢٩)

3 - (ش١) = نسخة الشيخ أبّاه -النباغية (شنقيط)



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

كتاب المفقود

باب



في امرأةِ المفقودِ تتزوجُ بعدَ ضربِ الأجلِ مِنَ السُّلطانِ ثم يَقْدَمُ زوجها، والمطلقة تتزوج بعد انقضاء العدة، ثم يثبت[1] أنَّ زَوْجَها كان ارتجعها في العدة



اختلف عن مالك في ذلك فقال مرة: عقدُ الثاني عليها فوتٌ[2]، وبه قال المغيرة وغيره من أصحاب مالك، ثم رجع وقال: الأول أحق بها ما لم يدخل الثاني[3]، وبه قال ابن القاسم وأشهب، ولم يختلف قول مالك أن الدخولَ فيها[4] فوتٌ، وأنَّ انقضاءَ العدةِ في زوجة المفقود لا يفيتها[5].

وأرى أن يكون العقدُ في امرأة المفقودِ فوتاً؛ لأنَّ الحاكمَ أباح لها الأزواجَ مع إمكانِ حياتِه، وما كشف الغيبُ شيئا[6] أكثرَ منَ الذي كان يظن، وقد قال الأبهريُّ وغيره من البغداديين: إن الطلاق عليه للضرر الذي يدركها في عدم

---

(١) قوله: (يثبت) ساقط من (ب).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩.

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٢٩.

(٤) قوله: (فيهما) في (ب): (فيها).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣١.

(٦) قوله: (شيئا) زيادة من (ش١).

الوطء[١]. وعلى هذا لا يكون أحق بها وإن لم تتزوج فيها[٢].

وليس كذلك امرأة المرتجع؛ لأنه لم يكن فيها أمر ولا قضية من حاكم؛ فوجب أن يكون أحق بها وإن تزوجت.

ويجري فيها قول ثالث أنه[٣] أحق بها وإن دخل الآخر؛ قياساً على أحد الأقوال في النصرانية تُسْلِم وزوجها غائب[٤]، وذكر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد عن ابن الماجشون أنه قال: إن ثبت أنه أسلم قبلها أو بعدها في العدة كان أحق بها[٥]، وإن وَلَدَتْ من الثاني[٦].

وهذا أحسن؛ لأن الإسلام والرجعة هدما حكم الطلاق، وألا تباح للأزواج، فصارت بمنزلة امرأة ذات زوج تزوجت ولها زوج.

وقال مالك في كتاب محمد: إذا كان الزوج الذي ارتجعها حاضراً فلم يعلمها برجعته حتى تزوجت، ودخل بها أنها تمضي زوجة للثاني والحاضر أعظم ظلماً[٧]. وليس هذا أيضاً بالبيِّن.

ولو رأى رجلٌ زوجته تتزوج ولم ينكر عليها لم يكن ذلك طلاقاً، ولو عُدَّ ذلك من المرتجع طلاقاً[٨] لاحتسب[٩] بطلقة أخرى، وفرق بينها وبين الثاني،

---

(١) انظر: المعونة: ١/ ٤٧٩ و١/ ٥٥٠.

(٢) قوله: (فيها) زيادة من (ش١).

(٣) قوله: (أنه) في (ح): (أنها).

(٤) انظر: المدونة: ٣/ ٣٠٠.

(٥) زاد بعده في (ش١): (قال).

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٤/ ٥٩٣.

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣.

(٨) قوله: (ولو عُدَّ ذلك من المرتجع طلاقاً) ساقط من (ش١).

(٩) قوله: (لاحتسب) في (ح): (لاحتسبت بذلك).

واستأنفت العدة من الأول.

قال محمد: ولو قدم المفقود بعد أن خلا بها الثاني فقال للأول: ما قربتها؛ لحرمت على الثاني، ولم تحل للأول[١] إلا أن يخطبها بعد ثلاث حيض[٢]. وجعل اعترافه كالطلاق، وإن لم يطلق فتحل لذلك الزوج[٣]، ولا تحل لغيره إن اعترفت أن الثاني لم يصبها[٤]؛ لأنها مقرة أنها زوجة الأول.

وإن ادعت أنه أصابها حلت له ولغيره؛ لأنه يعد ذلك منه طلاقاً، فإن أنكرت أن يكون أصابها، ولم يصدقها الأول ولا راجعها؛ كان لها أن ترفع أمرها إلى السلطان فتطلق على الأول؛ لأنها تقول: لا أبقى بغير نفقة، ولو أنفق عليها؛ لكان لها أن تقوم بعدم الإصابة؛ لأنَّ إنكار الأول أن تكون صدقت و[٥] قوله: لا علم عندي لا يعد طلاقاً[٦].

واخْتُلِفَ إذا دخل بها الثاني، ثم طلقها وانقضت العدة، ثم قدم الأول وقد كان طلقها قبل غيبته تطليقتين هل يحلها الثاني للأول؟ فقال مالك في المبسوط وأشهب في السليمانية: تحل[٧]. وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: لا تحل.

---

(١) قوله: (ولم تحل للأول) في (ح): (يريد: في هذا النكاح ويخطبها إن شاء، ولم تحل للأول إلا بنكاح جديد).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٥١.

(٣) قوله: (لذلك الزوج) في (ح): (بذلك للزوج).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣.

(٥) قوله: (و) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (وقوله: لا علم عندي لا يعد طلاقاً) في (ح): (قوله ولا علم عندي إلا بعد طلاقها).

(٧) انظر: ٢/ ٢٩، ونص المدونة: (قلت: أرأيت إن قدم زوجها الأول بعد الأربع سنين وبعد الأربعة أشهر والعشر أتردها إليه في قول مالك ويكون أحق بها؟ قال: نعم، قلت: أفتكون عنده على تطليقتين؟ قال: لا ولكنها عنده على ثلاث تطليقات عند مالك وإنما تكون عنده =

والأول أحسن؛ لأن بدخول الثاني يتبين أنه قد وقع على الأول طلقة من وقت ابتدأت[١] العدة، ولو كانت الطلقة إنما تقع بدخول الثاني؛ لكان الثاني نكاحاً فاسداً، ويفرق بينها وبينه.

فصل

[في أحوال زوجة المفقود بعد انقضاء عدتها]

زوجة المفقود بعد انقضاء العدة على أربعة[٢] أوجه:

إما أن يأتي زوجُها، أو العلمُ بحياته، أو يثبت موته، أو لا يتبين حياته ولا موته حتى يمضي التعمير.

فإذا أتى بنفسه، أو أتى العلم بحياته؛ منعت الأزواج ورجعت بالنفقة من يوم قطعت عنها، وذلك من يوم أخذت في العدة، وإن كانت تزوجت ودخل بها مضت زوجة للثاني، وإن تزوجت ولم يدخل بها كان موضع الخلاف هل تمضي زوجة للثاني أم ترد إلى الأول؟ وترجع[٣] بالنفقة[٤].

على تطليقتين إذا هي رجعت إليه بعد زوج.

قلت: أرأيت المفقود إذا ضرب السلطان لامرأته أربع سنين، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشرا أيكون هذا الفراق تطليقة أم لا؟ قال: إن تزوجت ودخل بها فهي تطليقة) وفي موضع آخر: ٢/ ٣٠: (قال: وقال مالك في امرأة المفقود إذا ضرب لها أجل أربع سنين ثم تزوجت بعد أربعة أشهر وعشر ودخل بها ثم مات زوجها هذا الذي تزوجها ودخل بها، ثم قدم المفقود فأراد أن يتزوجها بعد ذلك أنها عنده على تطليقتين إلا أن يكون طلقها قبل ذلك).

(١) قوله: (ابتدأت) في (ش١): (ابتدأ).

(٢) في (ب): (ثلاثة). وانظر تفصيل هذه الأوجه في: المدونة: ٢/ ٢٩، ٣٠، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٥.

(٣) في (ب): (ولا ترجع).

(٤) انظر: التلقين: ١/ ١٢٣.

(ب) ١/٢٧٩

وإن ثبت موته كانت[١] في موته على تسعة[٢] أوجه:/ فإما أن يثبت أن الموت وانقضاء العدة كان قبل تزويج الثاني، أو[٣] أن الموت كان قبل التزويج[٤]، أو أن الموت كان بعد التزويج والدخول، أو بعد التزويج وقبل الدخول، أو دخل الزوج في العدة، أو بعد انقضاء العدة، أو أن التزويج والدخول كانا في العدة، أو كان التزويج للعدة والدخول بعد[٥]، أو تعدم التواريخ فلا يدرى متى كان موته، فإن علم أن موته وانقضاء العدة منه كان قبل أن تتزوج الثاني[٦] ورثته وبقيت زوجة للثاني.

وكذلك إن علم أن موته كان قبل تزويج الثاني؛ فإنها ترثه ويفسخ نكاح الثاني، ثم ينظر إلى دخوله، فإن دخل قبل انقضاء العدة حرمت عليه، وإن دخل بعدُ فعلى الخلاف المتقدم.

وإن كان موته بعد التزويج وبعد[٧] الدخول لم ترثه، وبقيت زوجة للثاني، وإن كان موته بعد التزويج وقبل الدخول فعلى القول أن عقد الثاني فوتٌ؛ تبقى زوجة له، ولا ميراث لها من الأول، وعلى القول أن العقد ليس بفوت؛ ترث الأول ويفرق بينها وبين الثاني، ثم ينظر هل حرمت على الثاني؟ فإن فسخ قبل الدخول لم تحرم، وإن دخل في العدة حرمت، وإن دخل بعد انقضاء العدة

---

(١) قوله: (كانت) في (ش١): (كان).

(٢) قوله: (تسعة) في (ش١): (سبعة).

(٣) قوله: (أو) في (ش١): (و).

(٤) ساقط من (ب). وزاد في (ح): (و التزويج في العدة).

(٥) قوله: (بعد) في (ش١): (بعدها).

(٦) قوله: (الثاني) زيادة من (ح).

(٧) قوله: (بعد) ساقط من (ح).

لم تحرم؛ لأن العقد[١] كان في الحياة، والدخول تأخر عن العدة، والعدة قد سلمت من أن يكون فيها عقد أو دخول.

وإن عدمت التواريخ وقد دخل الثاني لم ترث الأول، ولم يفرق بينها وبين الثاني، ولا يفرق بشك ولا ترث بشك.

وإن لم تعلم له حياة ولا موت حتى يموت[٢] بالتعمير نظرت[٣]: فإن لم تكن زوجته تزوجت ورثته، وإن كانت تزوجت ودخل بها لم ترثه وبقيت زوجة للثاني، فإن لم يدخل بها[٤] ورِثَتْه، وهذا ظاهر قول أصبغ؛ لأنه قال: ترثه امرأته ما لم تتزوج ويدخل بها، قال[٥]: فإن تزوجت قبل وقت[٦] التعمير ودخل بها، فلا ميراث لها[٧]. وأجراها على أحد القولين إذا أتى العلم بحياته ولم يدخل، وعلى هذا يفسخ الثاني.

قال الشيخ:[٨] وأرى أن يمضي النكاح للثاني[٩]، وليس تمويته[١٠] بالتعمير مما[١١] يحمل على أنه كان حيّاً في الحقيقة إلى ذلك الوقت، وإنما هذا في ظاهر[١٢]

(١) قوله: (العقد) في (ح): (العدة).

(٢) قوله: (يموت) في (ب): (فوت).

(٣) قوله: (نظرت) في (ش١): (نظر).

(٤) قوله: (بها) ساقط من (ش١).

(٥) قوله: (قال) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (وقت) في (ش١): (مدة).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٥١.

(٨) قوله: (قال الشيخ) زيادة من (ش١).

(٩) قوله: (للثاني) في (ش١): (التالي).

(١٠) قوله: (تمويته) في (ح) كلمة غير واضحة.

(١١) زاد بعده في (ح): (يعلم).

(١٢) قوله: (في ظاهر) ساقط من (ح).

الحكم، وإلا فيحتمل[١] أن يكون مات قبل ذلك، ولا يفرق بينها وبين الآخر بالشك، ولا ترث الأول.

فصل
[في تزوج امرأة المفقود]

وإن تزوجت في الأربع سنين كان نكاحاً فاسداً يفسخ قبل الدخول وبعده، ولا تحرم عليه أن[٢] يتزوجها بعد ذلك[٣]، وإن ثبت أنه حي أمسكت عن الأزواج، وإن ثبت أنه كان مات ورثته وبقيت زوجة للثاني إذا كان تزوَّجها[٤] بعد انقضاء عدة الأول، ولم يفسخ نكاحها[٥]؛ لأنه قد ثبت أنه كان على وجه صحيح، وإن علم ذلك بعد أن فرق بينهما ردت إليه؛ لأن الفراقَ وقع في غير موضعه[٦]، وإن تزوجت في الأربعة الأشهر وعشر كان فاسداً؛ يفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يثبت أنه حي فلا تحرم عليه.

وقال محمد: لأنها صارت زوجة للمفقود على حالها[٧] بغير طلاق ولا وفاة.

---

(١) في (ش١): (ولا يحتمل).

(٢) قوله: (أن) في (ش١): (وإن).

(٣) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٣٥.

(٤) في (ش١): (تزويجها).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠.

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠، و النوادر والزيادات: ٥/ ٣٣، ونص النوادر والزيادات: (محمد قال ابن القاسم ولو بنى بها الثاني بعد موت الأول وتمام عدته فرق بينهما وورثت الأول بعد وينكحها هذا إن شاء بعد ثلاث حيض).

(٧) قوله: (حالها) في (ش١): (حالتها).

ولو لم يعلم حاله من الحياة والموت[1] فَفُرِّقَ بينهما وتزوجت غيره ودخل بها، ثم علمت حياة الأول كان الأوسط متزوجاً في عدة، وإن لم يدخل بها الآخر جرت على القولين، فعلى القول إنها تقر تحت الأخير[2]؛ يكون الأوسط متزوجاً في عدة، وعلى القول إنها ترد إلى الأول وأن العقد لا يُفيتها؛ لا يكون متزوجاً في عدة؛ لأنها عادت إلى الأول على الزوجية التي كانت.

(١) قوله: (حاله من الحياة والموت) في (ح): (حياته وموته).

(٢) في (ش١): (الآخر).

باب
في ضربِ الأجَلِ لامرأةِ المفقودِ والنفقةِ على زوجتِه وولدِه[١] وما يحلُّ من ديونِه ومهورِ نسائِه ومتى يورَّث



وقال مالك: لا تعتد امرأة المفقود، وإن أقامت أربع[٢] سنين بغير أمر السلطان وإن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان نظر في ذلك، وكتب إلى الموضع الذي خرج إليه، فإن يئس[٣] منه[٤] ضرب لها[٥] أربع سنين، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً من غير أن يأمرها السلطان بذلك[٦].

يريد: ما لم تكمل عشرين سنة تمام التعمير، فإنه يموت ولا يستأنف الأجل.

ولا يخلو المفقود من أن يكون فَقْدُهُ ببلده أو بعد خروجه عنه، أو في البلد الذي توجه إليه، فإن فُقِدَ ببلده كشف عن خبره[٧] زوجتُه وأقاربه، وإخوانه وأهل محلته وسوقه، فإن كان عندهم منه عِلْم أنه كان يريد بلداً كتب إليه، وإن لم يكن عندهم عِلْم كشف عنه في المواضع التي يشبه أن يتوجه إليها أو إلى[٨] ما

---

(١) قوله: (وولدِه) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (أربع) زيادة من (ب) و(ش١).

(٣) قوله: (يئس) في (ش١): (أيس).

(٤) قوله: (منه) ساقط من (ح).

(٥) قوله: (لها) في (ش١): (له).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠، ٣١.

(٧) قوله: (خبره) في (ش١): (خبر).

(٨) قوله: (أو إلى) في (ح): (وفى).

قاربها[١]، وإن فقد بعد خروجه كشف عنه في البلد الذي توجه إليه وفيما قاربه، وإن فقد بعد وصوله كشف عنه[٢] في الموضع الذي وصل إليه، وفيما قاربه مما يتصرف مثل هذا إليه، ويكتب بحليته وصفته[٣] وصنعته إن لم يكن مشهور العين[٤]، وإن كان له بذلك الموضع إخوان سألهم عنه، وإن كان المفقود مطلوباً بدم أو كان عبداً أبق من سيده لم يقتصر في الكشف عنه على الناحية التي يقصدها[٥] الخارج للتجارة/ ؛ لأن هذا يتنقل من بلد إلى بلد خوفاً من[٦] أن يُظهر عليه، فإن لم يعلم له حياة ولا موت كان لزوجته أن تقوم بالفراق.

(ب) ٢٧٩/ب

وقد اختلف في أربعة مواضع:

أحدها: فيمن يتولى الكشف عن خبره، هل ذلك إلى سلطان بلد المفقود، أو إلى أمير المؤمنين؟

والثاني: في[٧] مبتدأ الأربع سنين، أهو من يوم الرفع، أو من يوم[٨] اليأس؟

والثالث: في تعليل الاقتصار على أربع سنين.

والرابع: هل عليها إحدادٌ في العدة؟

---

(١) قوله: (كشف عنه...ما قاربها) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (عنه) ساقط من (ح).

(٣) قوله: (وصفته) ساقط من (ح).

(٤) قوله: (مشهور العين) في (ح): (معروفاً).

(٥) قوله: (يقصدها) في (ش١): (يقصد لها).

(٦) قوله: (من) ساقط من (ش١).

(٧) قوله: (في) ساقط من (ش١).

(٨) قوله: (يوم) في (ح): (بعد).

والمعروف من المذهب: أن الكشف عن خبره إلى سلطان بلده، وإن تولى[١] ذلك بعض ولاة المياه، وكان المفقود منهم؛ أجزأ[٢].

قال أبو مصعب: لا يجوز في ذلك حكم سلطان غير الخليفة الذي تمضي كتبه في الدماء[٣]. وقال مالك: يضرب الأجل أربع سنين من يوم اليأس[٤]. وقال في مختصر ابن عبد الحكم: من يوم الرفع[٥].

وأما الاقتصار على أربع سنين، فقيل: لأنها غاية مدة الحمل[٦]. وقيل: المدة التي تبلغها المكاتبة في بُلدان[٧] الإسلام سيراً أو رجوعاً. وقيل: لا علة لذلك إلا الاتباع؛ لقول عمر[٨] ﷺ[٩]، وهو أحسن.

---

(١) قوله: (تولى) في (ح): (توسد).

(٢) انظر: المدونة: ٢/١٨٦، قال فيها: (بلغني عن مالك في امرأة فقد زوجها، فضرب لها صاحب المياه الأجل فأخطأ في ضربه الأجل، قال ابن القاسم: أظنه ضرب لها الأجل من يوم فقدته أربع سنين، قال مالك: تستكمل ذلك من يوم يئس من خبره أربع سنين ولم يطعن في أنه لا يجوز له ما صنع فهذا يدلك أيضا على مسألتك).

(٣) قوله: (الدماء) في (ح): (الدنيا).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠. والنوارد والزيادات: ٥/ ٢٤٨، والتفريع في فقه الإمام مالك بن أنس: ٢/ ٥٣.

(٥) قوله: (من يوم الرفع) ساقط من (ش١). وانظر: المختصر الصغير بشرح البرقي، لوحة رقم: [٥٢/ أ].

(٦) انظر: المعونة: ١/ ٥٥١. وفي كون أقصى مدة الحمل أربع سنين انظر: عيون المجالس: ٣/ ١٣٤، والمعونة: ١/ ٦٢٨.

(٧) قوله: (بُلدان) في (ش١): (بلاد).

(٨) قوله: (عمر) في (ش١): (عثمان بن عفان).

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٣١، والمعونة: ١/ ٥٥٢. وانظر الأثر في الموطأ: ٢/ ٥٧٥، في باب نفقة الأمة إذا طلقت وهي حامل، من كتاب الطلاق، برقم: (١١٩٥)، وعبد الرزاق في مصنفه: =

ويفسد[١] التعليل بمدة الحمل بقوله: لو أقامت عشرين سنة، ثم رفعت أمرها[٢] إنها تستأنف الأجل[٣]، وبقولهم: إذا كانت الزوجة صغيرة أو الزوج صغيراً إنه يضرب الأجل أربع سنين، وإن لم يكن هناك موضع يخشى منه الحمل، وكذلك إذا كانت يائسة.

ويبطل التعليل بأنه مدة الكشف على قول مالك إنها تستأنف الأربع سنين[٤] من بعد اليأس، وعلى قوله أيضاً: إن الأربعة من يوم الرفع؛ لأنه لو رجع الكشف ورفع[٥] بعد سنة لانتظرت[٦] تمام الأربع سنين[٧]، ولو كانت العلة لأنها أمد الكشف لم تنتظر تمام الأربع.

وقال محمد في العبد يهرب من سيده فتطول إقامته، ومن يهرب من دم وهو حر أو عبد: إنه كالمفقود.

وقال مالك: وكذلك من أخذ متاع زوجته وهرب به من جوف الليل؛ يُضرب له أجلُ المفقود.

وأرى أن يطلق على هؤلاء عند رجوع الكشف بعدم العلم، بخلاف المفقود، لأنهم فروا اختياراً، ومعلوم أنهم قاصدون للتخلف عن الرجوع، هذا

= ٧/ ٨٥، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، من كتاب الطلاق، برقم: (١٢٣١٧).

(١) قوله: (ويفسد) في (ح): (ويعترض).

(٢) قوله: (أمرها) ساقط من (ح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٠.

(٤) في (ب) و(ح): (تستأنف الأربعة).

(٥) قوله: (الكشف ورفع) في (ح): (للكشف ووقع).

(٦) قوله: (لانتظرت) في (ح): (لا تنتظر).

(٧) قوله: (من بعد اليأس، وعلى قوله أيضاً: أن الأربعة.... تمام الأربع سنين) ساقط من (ش١).

بالإباق، وهذا لئلا يؤخذ بالدم، والآخر[١] لئلا يظهر عليه.

وكذلك من فرَّ من دَينٍ[٢] كثير أعسر به، يُطلق عليه بالضرر، وليس بمنزلة من لم يكن خروجُه من بلده لمثل هذا؛ لأنّ الغالب رغبته في الرجوع إلى أهله، فهو بين ميت وممنوع من الرجوع، وهؤلاء مختارون للإقامة.

وقال الشيخ أبو بكر الأبهري: إنما قال مالك يفرق بين المفقود وبين امرأته إذا طالت المدة؛ لأن الضرر فيه أكثر من ضرر المولي[٣] إذ كأن المفقود عُدِم منه[٤] الوطء.

قال الشيخ ﷺ: ولا يلزم على هذا الأسير[٥]؛ لأن المنع في الأسير من غيره.

وقال محمد: إن كانت الزوجة صغيرة فلم تبلغ الوطء وهو صغير أو كبير فذلك سواء، وهو مفقود مثل غيره في الأجل والعدة، ويقوم للصغيرة أبوها[٦]. ويلزم على قول الأبهري ألا يطلق على الصغير وإن كانت كبيرة، ولا على الكبير إذا كانت صغيرة؛ لأنه لم يأت[٧] القيام بالضرر بعدم الوطء، وقد تقدم ذكر الاختلاف في الإحداد.

---

(١) في (ش١): (وهذا).

(٢) قوله: (من دَينٍ) في (ح): (بدين).

(٣) قوله: (من ضرر المولي) بياض في (ش١).

(٤) قوله: (عُدِم منه) بياض في (ش١).

(٥) قوله: (الشيخ ﷺ: ولا يلزم على هذا الأسير) بياض في (ش١).

(٦) قوله: (أبوها) في (ب): (أبواها). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٨.

(٧) في (ب): (لم يأت من وقت)، وفي (ش١): (لم يأت من غير).

فصل
[في المفقود، والحكم في ماله، وتعميره، والنفقةِ على زوجتِه وولدِه]

وقال مالك: ينفق على زوجة[1] المفقود في الأربع سنين، ولا ينفق عليها في الأربعة الأشهر وعشر؛ لأنها معتدة، وينفق على بنيه الصغار حتى يحتلموا، وعلى بناته حتى يتزوجن، ويُدخل بهن[2].

والمفقود ثلاثة: فقيد في أرض الإسلام، وفقيد في أرض الحرب، وفقيد فيما[3] بين الصفين في أرض الحرب، أو في أرض الإسلام[4].

واختلف أهل العلم في فقيد أرض الإسلام، فقال مالك: هو على الحياة، ولا يقسم ماله إلا بالتعمير[5]، وينفق على بنيه وبناته حسب ما تقدم، فإن ثبت أنه مات قبل ذلك رجع عليهم[6]، وزوجته بالخيار بين أن تقيم على الزوجية وتنفق من ماله حتى يموت بالتعمير وترث حينئذٍ، أو تقوم بالطلاق لما لحقها من الضرر في عدم[7] الإصابة.

واختلف في مهور نسائه وفي الديون التي عليه إلى أجل، فقال مالك في

---

(١) في (ح): (امرأة).

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٣١.

(٣) قوله: (فيما) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٥.

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٨، والمعونة: ١/ ٥٥٣.

(٦) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٩.

(٧) قوله: (عدم) ساقط من (ب).

كتاب محمد: تؤخر إلى أجلها[(١)]. وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: تعجل إذا انقضت الأربع سنين[(٢)].

والأول أحسن؛ لأن محمله على الحياة، وإنما قضي للزوجة بالطلاق لحقها في الإصابة، وقال بعض أهل العلم: الزوجةُ والمالُ سواءٌ، لا يفرق بينه وبين زوجته حتى يبلغ التعمير، وقال بعضهم: يفرق بينه وبين زوجته، ويقسم ماله بعد انقضاء الأربع سنين.

فصل
[في ميراث المفقود]

وينظر السلطانُ فيما يخلفه المفقود من رباعٍ[(٣)] وأموالٍ ومتاجرَ، وديونٍ، وقراضٍ، وودائعَ وعوارٍ[(٤)]، فأما الرِّبَاعُ فإن كانت مما تصلحُ للكراءِ أكراها[(٥)]، فإن كان فيها شيءٌ يحتاج إلى إصلاح ولا يبقى على انهدامه أصلح له، وإن كان يبقى عليه وكانت[(٦)] النفقة تعظم والبيع أحسن؛ بيعت، وأما متاجره فما كان يخشى فساده مثل ما كان يسوّس أو يدوّد؛ باعه، وإلا لم يعرض له، إلا أن يأتي/ على شيء من ذلك نفاق وغلاء، وما يعلم أنه لو كان صاحبه حاضراً لم يؤخر بيعه؛ فإنه يباع، وأما رقيقه فإن كان لا يخشى عليهم الإباق وفي خراجهم ما يقوم بمؤنتهم وكسوتهم؛ لم يباعوا، وإلا بيعوا.

(ب) ٢٨٠/أ

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٩.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٩.

(٣) الرباع هي: المنازل والدور التي تتخذ للإقامة. انظر: لسان العرب: ٨/ ٩٩.

(٤) قوله: (وعوارٍ) في (ح): (وعقار).

(٥) قوله: (أكراها) في (ح): (اكتراها).

(٦) قوله: (وكانت) في (ب): (أو كانت).

وكذلك الدواب إذا كان في غلتها ما يقوم بعلوفاتها[١] ولم يبلغوا من السن ما يخشى عليهم؛ لم يباعوا، ويقتضي[٢] ديونه بعد حلول أجلها وقراضه بعد نضوضه، ويوقف كل[٣] ذلك على يد أمين[٤]، وكذلك عواريه إذا كان لها أجل فانقضى وإن لم يكن لها أُجِّلَ بانقضاء[٥][٦] ما يعار لمثله.

وإن أعار أرضاً فبنى فيها المستعير أَمَره بنقضه إذا مضى ما يعار لمثله إلا أن يكون له مال[٧] فيأخذ له بقيمته منقوضاً.

فأمَّا ودائعه فإن كانت على يد مأمون تركت، وإلا نزعت وإن كان المفقود قد رضي بأمانته؛ لأنه قد تعلق بها حق الورثة وشبهة؛ لإمكان أن يكون قد مات، وإن كان الورثة مأمونين كان وَقْف جميع ذلك على أيديهم أولى من الأجنبيين للشبهة التي كانت[٨] لهم فيه، ولإمكان أن يكون قد مات اليوم، وأنه مالهم اليوم، ومراعاةً للخلاف لمن قال: إنه يورث عند انقضاء أربع سنين.

فصل
[في زوجة المفقود التي لم يدخل بها]

واختُلِف في إكمال الصداق للزوجة إذا لم يدخل بها، وفرق بينهما قبل

---

(١) قوله: (بعلوفاتها) في (ش١): (بعلفها).

(٢) في (ب) و(ح): (ويقضي).

(٣) قوله: (كل) زيادة من (ح) و(ش١).

(٤) قوله: (أمين) في (ح): (ثقة)، وفي (ش١): (على يد ذي عدل).

(٥) قوله: (بانقضاء) في (ش١): (فانقضى).

(٦) قوله: (لم يكن لها أجل بانقضاء) ساقط من (ح).

(٧) قوله: (مال) في (ح): (مقال).

(٨) قوله: (كانت) زيادة من (ح).

الدخول فتزوجت أو لم تتزوج حتى مُوِّت بالتعمير، فقال مالك: إذا فرق بينهما[(١)] بعد أربع سنين تعطى جميع الصداق[(٢)]، وقال عبد الملك: تعطى نصف صداقها، وإن كانت قبضت الجميع لم ينزع منها[(٣)].

وهي بعد ذلك على ثلاثة أوجه: فإما أن يعلم حياته أو موته، أو لا يعلم له حياة أو موت، ومُوِّت بالتعمير.

فإن عُلِمت حياتُه بعد أن تزوجت ودخل بها الثاني: لم يكن لها إلا نصف الصداق على[(٤)] قول عبد الملك، فإن كانت قبضت الجميع ردت النصف، واختُلِف عن مالك إذا عُلِمت حياتُهُ، فقال مرةً تردُّ النصفَ؛ لأنه طلاقٌ قبلَ الدخولِ، وقال مرةً: لا تردُّ شيئاً؛ لأنه طال أمرها ويتلوم له كما يتلوم للمعترض[(٥)].

والأول أحسن؛ لأنه طلاق قبل الدخول، وليس كالمعترض؛ لأنه استمتع بها وأخْلَقَ جهازَها، وإن علم أن موته كان في موضعٍ يئوب[(٦)] منه أكمل لها الصداق، فإن كان في موضع لا يئوب[(٧)] منه لم يكمل لها.

واختلف إذا لم يعلم له حياة ولا موت حتى مُوِّت بالتعمير، وقد دخل الثاني بها، فقال عبد الملك: يُكمَّلُ لها الصداقُ، وقال ابن دينار: لها النصفُ، ولا يكمل لها[(٨)]، وهو أقيس، ولو أكمل لها وجهل ما تقدم من الفراق أنه كان بعد وفاته

---

(١) قوله: (بينهما) ساقط من (ش١).

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٥، والبيان والتحصيل: ٥/ ٥١، ٤٠٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٠.

(٤) قوله: (نصف الصداق على) في (ب): (نصفه إلا على).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٩و ٢٥٠.

(٦) في (ب) و(ح): (تَرِثُ).

(٧) في (ب) و(ح): (تَرِثُ).

(٨) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٠.

لورثت، وإن لم تتزوج حتى مُوِّت بالتعمير ورثت، وأكمل لها الصداق، وإن عُلم الموت والتزويج ولم يُدرَ أيّ ذلك كان قبل؛ لم ترث ولم يكمل الصداق.

فصل

[في ميراث المفقود]

وقال مالك في المفقود: إذا بلغ من الزمان ما لا يُحيا إلى مثله قُسِّم ماله يوم يموت[١].

وإن مات له الآن[٢] ولدٌ وقفَ للمفقودِ ميراثه منه حتى ينظر ما يثبت من ذلك، وإن ثبت أن الأب مات قبل الابن ورثه الابن، وإن ثبت أن موت الابن كان قبل[٣] كان الموقوف[٤] مضافاً إلى مال الأب، وموروثاً عنه.

واختلف إذا مُوِّت بالتعمير، فقال مالك: لا ميراث للأب منه[٥] ويكون ميراث الابن لمن كان يرثه يوم مات سوى أبيه، وميراث الأب لمن يرثه يوم موته دون ولده[٦].

وحكى ابن شعبان قولاً آخرَ: أن ميراثَ الابنِ للأب، ويرثه الآن من كان يرث الأب بالتعمير. وقولاً ثالثاً: أنه إذا ورث الأب بالتعمير يوقف من ماله ميراث ولده الذي كان مات، ويكون الميراثان موقوفين حتى ينكشف من يرث منهما صاحبه.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢.

(٢) قوله: (الآن) زيادة من (ح).

(٣) زاد بعده في (ح): (المفقود).

(٤) قوله: (كان الموقوف) ساقط من (ح).

(٥) قوله: (للأب منه) في (ب): (بينهما).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٣٢.

والأول أصوب، ولا يرث الابن الأب؛[1] لإمكان أن يكون موته[2] قبل، ولا يرث الأب الابن[3] لإمكان أن لا[4] يكون[5] حياً يوم مات.

فصل[6]

[في حد التعمير في المفقود]

واخْتُلِف في حد التعمير، فقال مالك وابن القاسم وأشهب: سبعون سنةً، وقال ابن القاسم أيضاً:[7] في المختصر: تسعون[8] سنة[9]، وقال[10]: أو ثمانون، وقال أشهب: مائة من يوم ولد، وقال ابن الماجشون: تسعون سنة، وقيل عنه: مائة، وقال ابن القاسم: سبعون سنة[11] في المفقود والموصى له، وقيل عنه: أحب إلي أن يزاد في المفقود وروي عنه فيه ثمانون[12]، وقال أشهب أيضاً وعبد الملك: مائة سنة[13].

والسبعون في ذلك أحسن[14] إذا فُقِدَ وهو شاب أو كهل، وإن فقد وهو

---

(١) قوله: (الابن الأب؛) في (ح): (الأب الابن).
(٢) في (ح): (مورِّثه).
(٣) قوله: (الأب الابن) في (ح): (الابن الأب).
(٤) قوله: (لا) ساقط من (ش١).
(٥) قوله: (أن لا يكون) في (ح): (أن يكون الأب).
(٦) قوله: (فصل) ساقط من (ح) و(ش١).
(٧) ساقط من (ح). زاد بعده في (ب): (سبعون، وقال عنه أيضاً).
(٨) قوله: (تسعون) في (ح): (سبعون).
(٩) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: ١٣/ ١٠.
(١٠) قوله: (وقال عنه أيضاً في المختصر: تسعون سنة، وقال) ساقط من (ش١).
(١١) قوله: (سنة) ساقط من (ب).
(١٢) قوله: (وقال أشهب: مائة من يوم ولد... وروي عنه فيه ثمانون) ساقط من (ش١).
(١٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٥٠، والمعونة: ١/ ٥٥٣.
(١٤) انظر: المعونة: ١/ ٥٥٣. ونص كلامه: (والصحيح سبعون سنة؛ لقوله ﷺ: (أعمار أمتي

ابن سبعين زِيدَ[١] في ذلك قدر[٢] ما يرى من حاله يوم فُقِد، فقد يرى أن السبعين أتت عليه وهو صحيح البِنْية مجتمع[٣] القوى، وآخر[٤] أتى عليه الضعف[٥] فليس أمرهما سواءً، وإن فُقد وهو ابن ثمانين سنة أو تسعين أو مائة زِيد[٦] في تعميره[٧]، ويعتبر في الزيادة حسب ما تقدم من حاله يوم فُقد، فإن قسم ماله وكانت زوجته لم تتزوج بعد الفراق كان لها الميراث.

فصل

[فيمن توجه نحو أرض الحرب؛ ففقد]

واختُلف فيمن توجه[٨] إلى أرض الحرب فَفُقِدَ في توجهه أو بعد وصوله، وكان سفره في البر أو في البحر/ فقيل: هو بمنزلة الفقيد يتوجه إلى[٩] أرض الإسلام. وقيل: هو كالأسير[١٠]. وقيل:[١١] إن فقد قبل وصوله كان على حكم

(ب) ٢٨٠/ب

=

ما بين الستين إلى السبعين، فأقلهم من يجاوز ذلك، وهذا إخبار عما يتعلق به الحكم من الأعمار، وما زاد على ذلك فليس فيه دليل يتحرر لكل قول، وإنما هو على حسب ما يتغلب في الظن من طول المدة وقصرها).

(١) قوله: (وعبد الملك: مائة سنة. والسبعون في ذلك أحسن... وهو ابن سبعين زِيدَ) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (قدر) في (ش١): (هو).

(٣) قوله: (أتت عليه وهو صحيح البِنْية مجتمع) ساقط من (ش١).

(٤) قوله: (وآخر) ساقط من (ح).

(٥) قوله: (الضعف) في (ش١): (الضعيف).

(٦) قوله: (زِيد) في (ش١): (فيعد).

(٧) قوله: (في تعميره) ساقط من (ح).

(٨) في (ح): (بوجهه).

(٩) قوله: (يتوجه إلى) في (ح): (في).

(١٠) انظر تفصيل المسألة في النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٥، ٢٤٦.

(١١) قوله: (قيل:) ساقط من (ح).

المفقود، وإن كان فقد بعد وصوله كان كالأسير. وقيل: إن كان سفره في البحر ففقد قبل الوصول كان على حكم المفقود، وإن كان سفره في البر كان على حكم الأسير.

وأرى إذا فقد قبل وصوله أن يكون على حكم المفقود، وسواء كان سفره في البر أو في البحر، وإن فقد بعد الوصول أن يكون على حكم الأسير، إلا أن يكون دخل غازياً للقتال.

فصل
[فيمن فُقِدَ في معتركٍ بين المسلمين]

واختلف في فقيد المعترك بين المسلمين، فقال مالك: ليس في ذلك أجل، وتعتد زوجته من يوم التقاء الصفين[١] قال: وكان أشباه ذلك فيما مضى يوم صفين، ويوم الحَرَّة وقُدَيْد وليس كلهم عرف مصرعه، ولم ينزل أمر من فقد منهم إلا على الموت[٢]، وقال ابن القاسم مرة مثل ذلك، وقال أيضاً: تتربص زوجته سنة، ثم تعتد، وقال أيضاً: العدةُ داخلةٌ في السَّنة[٣]، فلم يفرق في هذه الأقوال بين قرب القتال من الديار وبعده، ولا أنه[٤] يحتاج في ذلك إلى سلطان.

وقال في العتبية فيما قرب من الديار: يتلوم الإمام لزوجته باجتهاده بقدر

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٥، ٢٤٦. وفي العتبية: قال سحنون: قال أشهب وابن نافع: سئل مالك عن المفقود في أرض الإسلام بين الصفين، والمفقود في أرض العدو بين الصفين، كم تعتد امرأته؟ فقال: سنة، قيل له: تعتد بعد السنة أربعة أشهر وعشراً؟ قال: نعم، قيل له: ومتى يضرب لها أجل سنة؟ أمن يوم فقد، أم من يوم يضرب لها السلطان؟ قال: من يوم يضرب لها السلطان، وينظر في أمرها.

(٢) المدونة: ٥/ ٢٤٦.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٦.

(٤) قوله: (ولا أنه) في (ح): (ولأنه).

انصراف من انصرف وانهزام من انهزم، ثم تعتد وتتزوج، وفيما بعد مثل إفريقية ونحوها تنتظر سنة[١].

فأدخل نظر الإمام في ذلك، وفرق بين القرب والبعد، وقال في كتاب محمد: ما بَعُدَ هو على حكم المفقود؛ تتربص أربع سنين[٢]. وقال أصبغ: يضرب لامرأته بقدر ما يستقصى أمره، ويستبرأ خبره، وليس لذلك حد معلوم[٣].

وهذا الجواب في زوجته، وأما ماله فهو على ثلاثة أوجه: فمن قال العدة من يوم التقاء الصفين؛ ورثت منه حينئذٍ، ومن جعل الزوجة تتربص أربع سنين؛ وقف ماله إلى التعمير.

واختلف على القول أن زوجته تتربص سنة، فقيل: يقسم ماله ذلك الوقت، وقيل: يوقف إلى التعمير[٤].

وأرى أن يكون الأمر فيه إلى الإمام في القريب والبعيد؛ فيجتهد ويكشف عن خبره، فإن لم يتبين له حياة حكم أن موته كان عن ذلك القتال، وإن كان القتال أياماً أو شهراً فعند انقضاء آخر يوم؛ الحكم في الزوجة والمال سواء؛ لأن الخوف إنما كان من ذلك الالتقاء، ولو علمت سلامته منه[٥] لم تطلق عليه عند انقضاء السنة[٦] على حكم المفقود.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤١١، ٤١٢.

(٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٨.

(٣) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٦.

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٦.

(٥) قوله: (منه) ساقط من (ح).

(٦) قوله: (انقضاء السنة) في (ح): (السنة وكان).

فصل[١]

[فيمن فُقِدَ في معترك المشركين، وكان القتال بأرضهم]

واختلف في فقيد معترك المشركين إذا كان القتال بأرضهم[٢]، فقال مالك في العتبية: هو[٣] كالأسير[٤]. وروى عنه أشهب أنه قال فيمن فقد بين الصفين في أرض الإسلام أو في أرض الحرب: تتربص زوجته سنة من يوم ينظر السلطان في أمره، ثم تعتد[٥]، وقال[٦] في كتاب محمد: إنه كفقيد أرض الإسلام ينتظر أربع سنين[٧].

وأرى إذا كان الالتقاء في أرض الإسلام أن تكون العِدة، واقتسام[٨] المال من يوم افتراق الجيشين[٩] بعد التربص والكشف عن أمره، إلا أن يعلم أنه صار إليهم فيكون كالأسير، فوجه القول أنه كالأسير؛ لأن أمره مترددٌ بين الأسر أو القتل، والأصل الحياة، ووجه القول أنه ينتظر سنة فلأن الغالب من القتال القتل وغيره نادر؛ فكان تعلق الحكم بالغالب أولى[١٠]، ووجه القول أنه كالمفقود أنه لما أشكل أمره بين الأسر أو القتل جعل الحكم منزلة

---

(١) قوله: (فصل) بياض في (ش١).

(٢) قوله: (واختلف في فقيد معترك المشركين إذا كان القتال بأرضهم) بياض في (ش١).

(٣) قوله: (في العتبية هو) بياض في (ش١).

(٤) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤١٢، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٦.

(٥) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٣٦٨.

(٦) قوله: (قال) زيادة من (ح).

(٧) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٢٤٨.

(٨) في (ش١): (وانقسام).

(٩) قوله: (الجيشين) في (ش١): (الجيش).

(١٠) قوله: (أولى) قوله: (أولى) ساقط من (ش١).

بين منزلتين.

ومحمل من فُقِدَ في بلده في زمن الطاعون أو في بلدٍ توجَّه إليه وفيه طاعون على الموت، وذكر بعضُ أصحابِ مالك أن الناس أصابهم سنةً بطريق مكةَ سعالٌ وكان الرجل لا يسعل إلا يسيراً حتى يموت، فمات في[1] ذلك عالَمٌ، ففقد ناس[2] ممن خرج إلى الحج فلم يأت لهم خبر حياة ولا موت، فرأى مالكٌ أن تُقَسَّم أموالُهم[3]، ولا يضرب لهم أجل المفقود ولا غيره؛ للذي بلغه من موت الناس من ذلك السعال.

وكذلك الشأن في أهل البوادي في الشدائد ينتجعون من ديارهم إلى غيرها من البوادي، ثم يُفقدون - أنهم على الموت، وقد علم ذلك من حالهم إذا توجهوا[4] إلى البلد الذي يمضون إليه أنه[5] تلحقهم الضيعة والموت[6]، وقال ابن القاسم في عبد فُقِد فأعتقه/ سيده ثم مات ابنٌ له حرٌّ من امرأةٍ له حرةٍ فلا يوقف ميراثه ولكن يعطى لورثته الأحرار حميل[7]. وقال في كتاب محمد: والقياس أنه مثل الحر المفقود[8].

(ب) ٢٨١/أ

وقوله: أن يدفع لورثته بحميل[9] أحسن؛ لأنهم الورثة في الأصل،

---

(١) في (ش١): (من).

(٢) قوله: (ناس) في (ش١): (أناس).

(٣) قوله: (أموالُهم) في (ح): (مواريثهم)، وفي (ش١): (أموالهم لنسائهم).

(٤) قوله: (توجهوا) في (ح): (توصلوا).

(٥) قوله: (أنه) ساقط من (ح)، وفي (ش١): (أنهم).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠.

(٧) قوله: (بحميل) في (ب): (محملاً). وانظر: المدونة: ٢/ ٣٣.

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣، والنوادر والزيادات: ٥/ ٢٥١

(٩) في (ب): (محملاً)، وفي (ش١): (بحملاء).

وإخراجهم عن الميراث مشكوك فيه، وقد غاب الأب وليس بوارث، فهو على ذلك حتى يعلم أنه وارث.

وقال محمد فيمن حُبست عليه غلةُ دارٍ فَفُقِد: تحبس عليه تلك الغلة، والغلة له إلى الوقت الذي يورث فيه[١].

يريد[٢]: التعمير[٣]، فجعل له الغلة لأنه غاب، وهي له؛ فلا تسقط عنه بالشك.

وقال فيمن فُقد ثم مات له ولدٌ فَوقفَ: له ميراثُه منه، ولا ينفق على زوجته من ذلك الميراث؛ لأنها على شك هل لها فيه حق أم لا[٤]؟

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ١٢/ ٥١.

(٢) قوله: (يريد) ساقط من (ش١).

(٣) قوله: (التعمير) في (ش١): (بالتعمير).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٣.




باب
في سكنى المعتدات

سكنى المعتدة تجب[١] في الموضع الذي كانت تكون فيه في حال الزوجية[٢]، وسواء كانت العدة عن[٣] طلاق رجعي أو بائن أو وفاة، وذلك حق للزوج؛ لحفظ النسب، وحقٌّ لها؛ لأنها ممنوعة من الأزواج من أجل مائِهِ، وحقٌّ لله سبحانه عليها[٤].

والأصل في السكنى لها في الطلاق الرجعي قول الله سبحانه: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق:١] وفي وجوبه عليها قوله تعالى: ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق:١]، ووجب لها في الطلاق البائن بقوله ﷻ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾ ثم قال تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] فبان بهذا[٥] أن هذه العدة عن[٦] طلاق بائن؛ لأنه لم يجعل لها نفقة إلا بوجود الحمل، ولو كان رجعياً لكانت[٧] لها النفقة وإن لم تكن حاملاً.

وقد اختُلف في معنى سقوط السكنى لفاطمة بنت قيس، فأخرج مسلم:

---

(١) قوله: (سكنى المعتدة تجب) في (ش١): (سكنى المعتدات يجب).

(٢) قوله: (حال الزوجية) في (ب): (حياته).

(٣) في (ب) و(ش١): (وسواء كانت على).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٧، والتفريع: ٢/ ٧٣، والبيان والتحصيل: ٢/ ٤٠٤، والنوادر والزيادات: ٥/ ٤٥، ٤٦.

(٥) قوله: (﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾... فبان بهذا) بياض في (ش١).

(٦) قوله: (عن) في (ش١): (من).

(٧) قوله: (لكانت) في (ح) و (ب): (لكان).

«أَنَّهَا قَالَتْ: يَا رَسُولَ الله، أَخَافُ أَنْ يُقْتَحَمَ عَلَيَّ. فَأَمَرَهَا أَنْ تَتَحَوَّلَ»[1]، وذكر البخاري: «أنه كان بينهم شر فانتقلت[2] لذلك، وقالت عائشة: لا خير في ذكر ذلك»[3].

فبان بهذا أن السُّكنى بذلك الموضع حقٌّ لله تعالى؛ لأنه ﷺ لم يجعل لها الانتقال إلا بعذر، وفي إنكار عائشة عليها[4] دليلٌ على أنها كانت ترى أن ذلك واجبٌ عليها، وقال عمر[5] ﷺ: لاَ نَتْرُكُ كِتَابَ الله وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا لِقَوْلِ امْرَأَةٍ، لاَ نَدْرِي أَحَفِظَتْ أَوْ نَسِيَتْ، أخرجه مسلم[6].

ووجب السُّكنى في الوفاة لقول النبي ﷺ للفريعة، وقد توفي زوجها فقالت: يا رسول الله، إن زوجي توفي ولم يتركني في منزل يملكه[7]، أتأذن لي أن أنتقل إلى أهلي؟ فقال لها: «امْكُثِي حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ»[8]. فإذا منعها

---

(١) قوله: (الطلاق: ٦) قوله: (الطلاق: ١) قوله: (الطلاق: ١) أخرجه مسلم: ٢/ ١١٢١، في باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، من كتاب الطلاق، برقم: (١٤٨٢).

(٢) قوله: (فانتقلت) في (ش١): (فأخرجت).

(٣) أخرجه البخاري: ٥/ ٢٠٣٩، في باب قصة فاطمة بنت قيس، من كتاب الطلاق، برقم: (٥٠١٥).

(٤) قوله: (عليها) زيادة من (ح).

(٥) قوله: (الانتقال إلا بعذر... وقال عمر) في (ش١): (الانتقال إلا لعذر، وفي إنكار عائشة على أنها كانت ترى ذلك واجباً عليها، وقول عمر).

(٦) أخرجه مسلم: ٢/ ١١١٤، في باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، من كتاب الطلاق، برقم: (١٤٨٠).

(٧) قوله: (يملكه) في (ش١): (ملكه).

(٨) أخرجه مالك في الموطأ: ٢/ ٥٩١، كتاب الطلاق، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، برقم: (١٢٢٩)، وأبو داود: ١/ ٧٠١، في باب في المتوفى عنها تنتقل من كتاب الطلاق، برقم (٢٣٠٠)، والترمذي: ٣/ ٥٠٨، باب ما جاء أن تعتد المتوفى عنها زوجها، في كتاب الطلاق، برقم (١٢٠٤)، والنسائي: ٦/ ١٩٩،في باب مقام المتوفى عنها زوجها في

من أن تعتد في غير الموضع الذي كانت فيه، وإن كان ليس بملك للزوج كانت فيما يملكه أولى بالمنع.

فصل
[في صفة سُكنَى المعتدة]

وصفة السُّكنى أن تلزم ذلك المسكن بالليل، ولا بأس أن تنصرف بالنهار، وقال مالك: ولا بأس أن تخرج قبل الفجر، وتأتي بعد المغرب ما بينها وبين العشاء[١][٢].

وأرى أن يحتاط للأنساب فتؤخر الخروج لطلوع الشمس وتأتي عند غروبها، وهذا في بعض الأوقات وعند الحاجة تَعْرُضُ، وليس أن تجعل هذا عادة تكون سائر النهار في غير[٣] الموضع الذي تعتد فيه.

قال مالك في كتاب محمد: ولا أحب أن تكون عند أمها[٤] النهار كله[٥].

وتصيف وتشتّي[٦] حيث شاءت مما يجمعه غلقها، وإن كان الموضع مشتركاً لم يكن لها أن تعدو المواضع التي[٧] كانت تكون مع زوجها فيها[٨] في =

بيتها حتى تحل، من كتاب الطلاق، برقم(٣٥٢٨)، وابن ماجه: ١/ ٦٥٤ في باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها، من كتاب الطلاق، برقم: (٢٠٣١).

(١) قوله: (العشاء) في (ش١): (العشاءين).

(٢) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤٠٤، والنوادر والزيادات: ٥/ ٤٦، والتفريع: ٢/ ٧٥ .

(٣) قوله: (غير) ساقط من (ح).

(٤) قوله: (أمها) في (ش١): (أهلها).

(٥) زاد بعده في (ح) (أبداً). وانظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٦.

(٦) قوله: (وتشتي) في (ح): (وتمشي).

(٧) قوله: (المواضع التي) في (ش١): (الموضع الذي).

(٨) قوله: (فيها) في (ش١): (فيه).

شتاء أو صيف.

وقد تأتي أعذار تبيح الانتقال وهي على وجوه:

فإن خافت سقوط[(١)] بيتها أو لصوصاً أو جارَ سوءٍ تخافه على نفسها أو وحشةً لانتقال من حولها أو خشيت الانفراد من جيرانها[(٢)(٣)] -كان لها أن تنتقل[(٤)].

وإن حدث[(٥)] شر بينها وبين من يسكن[(٦)] معها، وكان الشر منها أخرجت عنهم، وفي مثل هذا جاء الحديث في فاطمة بنت قيس[(٧)]، وإن كان الشر من غيرها أخرجوا عنها، وإن أشكل الأمر أقرع بينهم على أيهم يخرج.

ولصاحب البيت[(٨)] أن يخرجها إذا انقضى أجل الكراء أو العارية، ثم عليها من اللزوم في الموضع الذي تنتقل إليه مثل ما كان[(٩)] في الأول[(١٠)].

وعلى الزوج أن يكتري لها حتى تنقضي عدتها، وإذا كانت العدة عن

---

(١) في (ب) و(ح): (سقوطاً).

(٢) قوله: (أو خشيت الانفراد من جيرانها) ساقط من (ش١).

(٣) قوله: (وحشة لانتقال من حولها أو خشيت الانفراد من جيرانها) في (ح): (خشيت الانتقال من جيرانها).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٣٧.

(٥) قوله: (حدث) في (ح): (جرى).

(٦) في (ش١): (سكن).

(٧) سبق تخريجه، ص: ٢٢٥٦.

(٨) قوله: (ولصاحب البيت) في (ب): (ولصاحبه)، وفي (ش١): (المسكن).

(٩) قوله: (ما كان) في (ش١): (ما يكون).

(١٠) انظر: المدونة: ٢/ ٣٩.

طلاق بائن[١] فإن اختلفا فدعا الزوج إلى مسكن ودعت الزوجة[٢] إلى غيره/ كان القول قولها إذا دعت إلى موضع مأمون واستوى الكراءان[٣]، أو كان الموضع الذي دعت إليه أقل كراء[٤] أو أكثر وتحملت الزيادة، وإن دعا الزوج إلى مسكن يملكه كان القول قوله وليس عليه أن يكتري لها[٥] ويدع منزله خالياً، إلا أن تشاء هي أن تكتري مثل[٦] منزل الزوج، ويكون عليها أجرة ما تكتري به لنفسها[٧].

(ب) ٢٨١/ب

فإن خرجت من غير[٨] عذر ثم طلبت كراء المسكن الذي انتقلت إليه لم يكن لها ذلك إن خرجت عن مسكن يملكه الزوج أو اكتراه وجيبة[٩] ولم يُكْرِهِ بعد خروجها، فإن اكتراه[١٠] رجعت بالأقل مما اكترت أو ما اكترى به[١١]

---

(١) قوله: (بائن) زيادة من (ش١).

(٢) قوله: (الزوجة) ساقط من (ح)، وفي (ش١): (المرأة).

(٣) قوله: (الكراءان) في (ش١): (الكراء).

(٤) قوله: (كراء) ساقط من (ش١).

(٥) قوله: (لها) ساقط من (ح).

(٦) قوله: (مثل) ساقط من (ح).

(٧) قوله: (إلا أن تشاء هي أن تكتري مثل منزل الزوج، ويكون عليها أجرة ما تكتري به لنفسها) ساقط من (ش١).

(٨) قوله: (فإن خرجت من غير) يقابله في (ش١): (فإن خرجت لغير).

(٩) وجيبة: هي المدة المعينة. وفي شرح ميارة على مختصر سيدي خليل: ٢/ ١٤٠: (الوجيبة المدة المعينة - هذا اصطلاح القدماء - وأهل زماننا اليوم يطلقون الوجيبة على الأجرة المدفوعة في المنافع فيقول الموثق: اكترى فلان من فلان جميع الدار مثلا لسنة مثلا بوجيبة قدرها لكل شهر من شهور المدة المذكورة كذا دراهم تاريخه).

(١٠) في (ش١): (أكره).

(١١) قوله: (ما اكترى به) يقابله في (ش١): (أو مما أكرى به).

الأول، ولها أن تطلبه بالنفقة إذا كان الطلاق رجعياً، وإن خرجت بغير رضاه، والكراء في هذا بخلاف النفقة؛ لأن المطلقة لا منفعة[١] له فيها[٢]، فإن ارتجعها فامتنعت من الرجوع سقطت نفقتها من حين ارتجعها لحقه في الوطء، وثبت ما كان لها من النفقة قبل أن يرتجع[٣].

فصل
[في أقسام مسكن المعتدة]

لا يخلو المسكن[٤] الذي تعتد فيه من ثمانية أقسام: إما أن يكون: مسكناً[٥] للزوج، أو بإجارة، أو عارية، أو حبس، أو ملكاً للزوجة، أو استأجرته، أو يكون الزوج أميراً أو قاضياً سكن من أجل[٦] ما كان يقوم به من أمور المسلمين ثم عُزل أو مات.

فإن كانت في موضع يملكه الزوج كانت أحق به حتى تنقضي عدتها، وسواء كانت العدة من[٧] طلاق أو وفاة، وإن كان على الزوج دين بيع للغرماء، واستُثني مدة العدة، وكذلك إن لم يكن دين وأحب الورثة البيع.

وإن كانت عارية أو حبساً وضرب فيها أجلاً؛ كانت أحق بذلك المسكن حتى تنقضي العدة أو الأجل، وإن انقضى الأجل قبل العدة كان لصاحب

---

(١) في (ب) و(ش١): (لا متعة).
(٢) قوله: (فيها) في (ش١): (فيه).
(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٣٩.
(٤) قوله: (المسكن) في (ح): (الموضع).
(٥) قوله: (مسكناً) في (ح): (ملكاً).
(٦) قوله: (سكن من أجل) في (ش١): (سكن لأجل).
(٧) قوله: (من) في (ش١): (عن).

المسكن أن يخرجها، وإن كانت العدة عن طلاق كان على الزوج أن يكتري لها بقية العدة[١]، وسواء كانت العدة عن طلاق رجعي أو بائن أو كان موسراً، وإن كان معسراً لم يكن عليه شيءٌ إن أيسر بعد ذلك، وإن كانت العدة عن وفاة فأخرجها أهل المسكن، لم يكن لها في ذمة الميت شيء، موسراً كان أو معسراً.

وإن كان المسكن بإجارة ونقد الزوج الكراء كانت أحق بذلك[٢] في الفلس والموت، وإن لم يكن نقد الكراء[٣]؛ افترق الجواب، فإن كانت العدة من طلاق وهو موسر؛ كان عليه أن ينقد وتسكن.

واختلف إذا كانت العدة من وفاةٍ، فقال مالك: لا شيء[٤] لها في مال الميت، وإن كان موسراً، ولكن[٥] تكتري من مالها، قال: وإن كانت في عدة من طلاق بائن ثم مات الزوج قبل أن ينقد؛ نقد[٦] من ماله و[٧] كانت أحق به، قال: وهذه مخالفة للمتوفى عنها زوجها؛ لأنه حق واجب[٨] لها عليه في حياته فلا يضعه عنه موته، والمتوفى عنها وهي زوجته[٩] إنما وجب لها الحق في مال الميت بعد موته وهي وارثته[١٠]، وروى ابن نافع عنه أنه قال: هما سواء، طلق

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٥٠.

(٢) قوله: (بذلك) في (ح): (به).

(٣) قوله: (الكراء) قوله: (نقد الكراء) في (ح): (نقداً).

(٤) قوله: (لا شيء) في (ح): (لا سكنى).

(٥) قوله: (ولكن) في (ش١): (ولا).

(٦) في (ش١): (شيء).

(٧) قوله: (و) ساقط من (ش١).

(٨) قوله: (واجب) في (ش١): (وجب).

(٩) قوله: (زوجته) في (ش١): (زوجة).

(١٠) في (ب) و(ح): (وارثة).

ثم مات أو مات ولم يطلق[١].

وقال أبو الحسن ابن القصار: والقياس عندي أن سكنى المتوفى عنها في ذلك لا تجب؛ لأنه بالموت يزول ملكه، وبعد الموت تجب العدة.

قال: وقد روى ابن نافع عن مالك في المطلقة يكون لها السكنى ثم يموت الزوج في العدة أن السكنى تسقط بموته كما تسقط نفقة الحمل بموته[٢]. وهذه الرواية تؤيد[٣] ما ذهب إليه أن لا سكنى للمتوفى عنها[٤] جملة؛ لأنه إذا سقطت[٥] السكنى بالوفاة مع تقدم الطلاق كان إذا وجبت العدة بالوفاة من غير طلاق أولى ألا يكون لها شيء، وقد ذكر ابن خويزمنداد ذلك عن مالك أنه قال مرة: لا سكنى للمتوفى عنها.

والأول أولى؛ لحديث الفُرَيْعة[٦]، وذلك إذا تقدم الطلاق ولم ينقد، أو وجبت العدة[٧] بالوفاة[٨] ولم ينقد فإنها أحق بجميع ذلك[٩]؛ لأن المسكن للمتوفى بنفس عقد الكراء، وإنما مات وفي ذمته مال فليس السكنى من باب الوصايا فتسقط بالموت.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٥١، والنوادر والزيادات: ٥/ ٤٤.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٥٢.

(٣) في (ش١): (يؤديها).

(٤) قوله: (عنها) ساقط من (ح).

(٥) في (ش١): (سقط).

(٦) سبق تخريجه، ص: ٢٢٥٧.

(٧) قوله: (أنه قال مرة: لا سكنى للمتوفى عنها. والأول أولى؛... ولم ينقد، أو وجبت العدة) بياض في (ش١).

(٨) في (ش١): (في وفاة).

(٩) في (ش١): (فإنها حق بذلك في جميع ذلك).

وإن كانت في عدة من طلاق رجعي ثم مات قبل أن ينقد سقطت عدة الطلاق، وانتقلت إلى عدة الوفاة، ثم يختلف[1] هل تكون أحق بذلك المسكن.

وإذا قام عليه الغرماء[2] وكان المسكن ملكاً له بيع واستثني مدة[3] العدة، وسواء كانت/ في عدة من طلاق أو موت، وإن كان المسكن بكراء أو نقد كانت أحق بذلك الكراء بقدر العدة، وبيع الباقي للغرماء، وإن لم يكن نقد، وكانت في[4] عدة من طلاق كان المكري بالخيار بين أن يأخذ مسكنه، أو يسلمه فتكون الزوجة أحق به، ويضرب المكري مع الغرماء فيما سواه، وإن كانت في[5] عدة من وفاة لم يكن المكري أحق به ولا الزوجة[6]، وبِيعَ للغرماء، والمكري أحدهم، وإن لم يكن له[7] غرماء[8] بيع له، ولم يكن له أن يأخذه.

(ب) ٢٨٢/أ

فصل
[في الكراء للمعتدة]

وإن كان الكراء غير وجيبة[9]، أو[10] العارية غير مؤجلة كان للمكري والمعير[11] أن يخرجاها متى أحبا، والطلاق والموت في ذلك سواء ولا خلاف

---

(١) قوله: (ثم يختلف) في (ش١): (واختلف).

(٢) في (ب) و(ح): (غرماء).

(٣) قوله: (مدة) زيادة من (ش١).

(٤) قوله: (في) ساقط من (ش١).

(٥) قوله: (في) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (ولا الزوجة) في (ح): (لأن للزوجة).

(٧) في (ح) و(ش١): (عليه).

(٨) في (ش١): (غيرها).

(٩) في (ح): (واجبة).

(١٠) قوله: (أو) في (ح): (و).

(١١) قوله: (والمعير) في (ح) و(ش١): (والمعري).

في ذلك[١] أن العدة لا توجب على المكري والمعير[٢] إذا ضرب[٣] الأجل مدة سوى المدة التي ملكها الزوج فكذلك إذا لم يضربا أجلاً لا يلزم المكري والمعير[٤] ما لم يعقده على نفسه.

قال ابن القاسم في المستخرجة في رجلٍ أسكنَ أخاه منزلاً فطلَّق المُسْكَنُ[٥] زوجتَه، فقال لها[٦] رب المسكن[٧]: اخرُجي إنما أسكنتُ أخي، قال: لا تخرج حتى تنقضي العدة[٨][٩].

يريد: لأن الأخوين يتهمان[١٠] أن يكونا قصدا[١١] إخراج الزوجة خاصة ليس أن ينتزع العارية من أخيه، ولا يخرجه لو لم يطلق.

وقال مالك في كتاب محمد في رجل اكترى منزلاً وانتقل إليه، فلما سكنَه طلق زوجته فقال: ترجع إلى المسكن الذي كانت فيه[١٢]، وحمل الزوج على التهمة أنه قصد بالكراء ليخرجها من المسكن الأول، ولا تعتد فيه.

---

(١) قوله: (في ذلك) ساقط من (ح).

(٢) في (ش١): (والمعري).

(٣) في (ش١): (انقضى).

(٤) في (ش١): (والمعري).

(٥) في (ش١): (الساكن).

(٦) قوله: (لها) زيادة من (ش١).

(٧) قوله: (رب المسكن): (المسكن).

(٨) في (ش١): (عدتها).

(٩) انظر: البيان والتحصيل: ٥/ ٤١٨، ٤١٩.

(١٠) في (ش١): (يتهما).

(١١) قوله: (يكونا قصدا) في (ح): (يكون العقد).

(١٢) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٦.

وإن كان المسكنُ حبساً على الزوجة حياته فطلق أو مات؛ اعتدت فيه، فأما الطلاق فإن[١] حقَّ المحبسِ عليه[٢] قائمٌ لوجودِ حياتِه، وهو بعد الموت استحسانٌ؛ لأن الأجل الذي أعطي إليه هو[٣] حياة المحبس عليه، وقد انقضى، كالكراء إذا انقضى الأجل إلا أن تكون هناك عادة، وقال محمد: تعتد فيه، وإن تأخرت العدة لريبته خمس سنين[٤]، وفي هذا ضرر على المحبِّس، و[٥] لأنه لم يرد هذا، وأما دار الإمارة فالأمر فيها[٦] أوسع من الحبس[٧]؛ لأنها ليست لأحد[٨].

فصل
في حكم أجرة سكنى الزوجة في منزلها في العدة

وإذا كان سكنى الزوج في مسكن الزوجة بملك أو كراء ولم تكن طلبته في حال الزوجية بكرائه مكارمة، ثم طلق أو مات كان لها أن تطلبه بالكراء

(١) قوله: (فإن) في (ح): (فلأن).

(٢) قوله: (عليه) زيادة من (ح).

(٣) قوله: (هو) زيادة من (ح).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٤.

(٥) قوله: (و) ساقط من (ش١).

(٦) قوله: (فيها) زيادة من (ش١)، وفي (ح): (فيه).

(٧) في (ش١): (المحبس).

(٨) قال في المدونة: ٢/ ٣٩: (أرأيت الأمير إذا هلك عن امرأته أو طلقها وهي في دار الإمارة أتخرج أم لا؟ قال: ما دار الإمارة في هذا أو غير دار الإمارة إلا سواء، وينبغي للأمير القادم أن لا يخرجها من بيتها حتى تنقضي عدتها. قلت: أتحفظ هذا عن مالك؟ قال: قال مالك في رجل حبس داراً له على رجل ما عاش، فإذا انقرض فهي حبس على غيره فمات في الدار هذا المحبس عليه أولا والمرأة في الدار، فأراد الذي صارت الدار إليه المحبس عليه من بعد هذا الهالك أن يخرج المرأة من الدار- قال: قال مالك: لا أرى أن يخرجها حتى تنقضي عدتها فالذي سألت عنه من دار الإمارة أليس من هذا).

للعدة إذا طلق[١]؛ لأنهما بالطلاق خرجا عن المكارمة؛ فلا يلزمها أن تكارمه في المستقبل، ولا شيء لها إن كانت في عدة من وفاة كما لو كان في مسكن اكتراه غير وجيبة[٢]، فإنه لا شيء لها، وإن مات موسراً.

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٥٤.

(٢) قوله: (وجيبة) في (ح): (زوجية).




باب
في سكنى البدوية والأمة والصغيرة والنصرانية وأم الولد

عدة البدويات[1] وهن أهل العمود كبيوت الشعر والخصوص في البيوت التي[2] كُنَّ فيها قبل الطلاق والوفاة[3]، وإن انتوى أهلها انتوت معهم[4]، وهذا للضرورة؛ لأنها[5] لو كلفت أن تبقى في بيتها وتنتوي مع أهل زوجها كان عليها مشقة وضرورة باللحاق بأهلها عند انقضاء العدة، وقد يبعد ما بينهما إلا أن[6] ينتقل أحدهما إلى الموضع القريب.

وإن انتوى أهل زوجها خاصة لم تنتو معهم إن كان معها أهلها، وإن لم يكن معها أهلها انتوت معهم، واعتدت في ذلك البيت حسبما كانت قبل أن تنتوي.

فصل
[في سكنى الأَمَة المتوفى عنها زوجها]

الأمة المتوفى عنها كالحرة تعتد في الموضع الذي كانت فيه عند الزوج قبل الطلاق والوفاة[7].

---

(١) في (ش١): (البدوية).

(٢) قوله: (التي) زيادة من (ح).

(٣) انظر تفصيل المسألة في النوادر والزيادات: ٥/ ٤٥، وما بعدها.

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠.

(٥) قوله: (لأنها) زيادة من (ح).

(٦) قوله: (إلا أن) في (ح): (أو).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٤١.

قال ابن القاسم في كتاب محمد: وليس لأهلها أن يرتحلوا بها إذا كانت مبوأة[1] حتى تنقضي عدتها، وإن كانت غير مبوأة[2] انتقلت مع سيدها حيث انتقل، و[3] حكمها قبل العدة وبعد سواء[4].

وقد كان الحكم[5] قبل العدة أن ينتوي بها[6] سيدها أو يبيعها[7]، وإن بيعت[8] على ألاَّ يسافر بها المشتري حتى تنقضي العدة[9] وتستوي في البيع المبوأة[10] وغيرها؛ فإنها تعتد[11] في البيت الذي كانت تكون فيه عند السيد أو الزوج، وانتقال السيد الأول بها، وانتقال المشتري مختلف، ولا يسقط حكم المسكن الذي كانت تكون فيه عند السيد/ إلا[12] بانتقال السيد نفسه، فإن انتقلا جميعاً[13] البائع والمشتري إلى بلد واحد؛ جاز نقلها إلى الموضع الذي انتقلا إليه، فإذا وصلا لم يأخذها المشتري إليه، وإن كانت مبوأة في عدة من وفاة، ولا مسكن للميت؛ لأنه كان في كراء وقد انقضت الوجيبة، فكان الحكم رجوعها إلى السيد، وكان للمشتري أن ينتقل بها.

(ب) ٢٨٢/ب

---

(١) في (ش١): (متبوأة).

(٢) في (ش١): (متبوأة).

(٣) قوله: (و) ساقط من (ش١).

(٤) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٨.

(٥) قوله: (الحكم) في (ح): (لهم).

(٦) في (ش١): (مع).

(٧) قوله: (أو يبيعها) في (ح): (ويبيعها زوجها)، وفي (ش١): (أو يتبعها زوجها).

(٨) زاد بعده في (ش١): (بيعت).

(٩) قوله: (العدة) في (ح): (عدتها).

(١٠) قوله: (البيع المبوأة) في (ح): (العدة المتوفى عنها).

(١١) قوله: (تعتد) في (ح): (تقر).

(١٢) في (ش١): (أو).

(١٣) قوله: (انتقلا جميعاً) في (ح): (انتقل).

فصل
[في سكنى الصبية الصغيرة]

عدة الصغيرة في الوفاة في الموضع الذي كانت فيه عند أبويها قبل الوفاة[١]، وليس لهما أن ينتقلا بها وهي في هذا بخلاف الأَمَة ينتقل بها سيدها[٢]؛ لأن العقد في الحرة يتضمن لو لم تكن وفاة إلا أن يرتحلا بها، وأن يتركاها بالموضع حتى تصلح للبناء، وليس للأب إن زوجها بالمغرب أن ينتقل بها إلى المشرق، ويكلف الزوج أن يطلبها هناك عند الدخول، فإذا لم يكن ذلك[٣] لأهلها مع بقاء العصمة لم يكن ذلك لهم بعد الوفاة.

ولو انتقل الأبوان إلى موضع قريب مما لا يمنعان منه قبل الوفاة لم يمنعها منه بعد الوفاة، فإن ضمها الزوج إلى نفسه؛ لتبقى عنده إلى أن تصلح للابتناء؛ اعتدت هناك، ولو كان لتقيم عنده ثم تعود إلى أبويها اعتدت عندهما[٤].

ويختلف إذا طالت إقامتها عنده قبل أن تعود: هل تنتقل إلى أبويها، أو تعتد في بيت زوجها؛ قياساً على ما تقدم فيمن خرج بزوجته إلى موضع فأقام فيه الأشهر ثم مات هناك؟

وقال أصبغ في كتاب محمد: إن اكترى لها موضعاً فجعلها فيه ونقد الكراء، أو كانت الدار لنفسه كانت أحق بها، وإن لم يبن بها[٥].

---

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٥، والمدونة: ٢/ ٤٠.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٤٠، ٤١.

(٣) قوله: (ذلك) زيادة من (ح).

(٤) في (ب) و(ح): (اعتدت في بيتها).

(٥) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٦. ونصه: «قال أصبغ في هذه الصغيرة التي لم يبن بها وهي لم تبلغ حد الوطء، إن كان أكرى لها موضعاً جعلها فيه، ثم مات وقد نقد كراءها أو الدار له، =

وليس هذا أصل المذهب[١] إلا أن يكون موته بعد أن صارت إلى ذلك المسكن[٢].

فصل
[في سكنى النصرانية وأمِّ الولد يموتُ عنها سيدُها أو يعتقها]

واختلف في النصرانية، فعلى قوله: إنها مخاطبة بالعدة تجري على ما تقدم في الحرة المسلمة[٣]، وعلى قوله لا عدة عليها، وأن عليها الاستبراء بحيضة أو بثلاث حِيَض لا تراعى حيث[٤] كانت كالأَمَة؛ تستبرئ من وطء الميت[٥] والأول أحسن.

واختلف في أمِّ الولد يموت عنها سيدها أو يعتقها هل لها سكنى؟ فقال ابن القاسم في المدونة: لها السُّكنى[٦]. وقال في كتاب محمد: لا سكنى لها ولا[٧] عليها، ورأى أشهب أن[٨] ذلك لها وعليها من غير إيجاب[٩].

=

فلها السكنى في عدتها».

(١) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٥.

(٢) قوله: (لها موضعاً فجعلها فيه... صارت إلى ذلك المسكن) بياض في (ش١).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٨، ٤١.

(٤) قوله: (حيث) زيادة من (ح).

(٥) انظر: المدونة: ٢/ ٨.

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٥٤.

(٧) قوله: (لا عليها) في (ب): (لا عدة عليها).

(٨) قوله: (أن) زيادة من (ح).

(٩) انظر: النوادر والزيادات: ٥/ ٤٨. ونصه: «ومن كتاب ابن المواز: وإذا أعتقت أم الولد ومات سيدها؛ فابن القاسم لا يرى لها السكنى ولا المقام به، ورآه أشهب لها، وعليها على تضعيف من غير إيجاب. وقال: ذلك أحبُّ إلي».

وكان رأي أصبغ أشدَّ[(١)]؛ يرى ذلك عليها ولها[(٢)]. وقال ابن القاسم أيضاً: إن كانت حاملاً فلها السكنى إن أعتقها، وإن لم تكن حاملاً فلا سكنى لها[(٣)].

---

(١) في (ب): (أسد).

قلت: في النوادر والزيادات: ٥/ ٤٨: «... قال ابن القاسم: وإن كانت حاملا في العتق فلها السكنى والنفقة، ولها المبيت في غير بيته، ولها ذلك في العتق والوفاة. ورأى أصبغ رأي أشهب وأسد.».

وقوله في النوادر: (ورأى أصبغ رأي أشهب وأسد) لم أستبن معناه، والعطف فيه يقتضي نقله عن (أسد) وهو غير واضح، وقد نقل الشيخ خليل ما هنا بقوله وفي التوضيح: ٥/ ٨٥ ذكر الشيخ خليل: (لا سكنى لأم الولد ولا عليها. وروى أشهب: ذلك لها، وعليها من غير إيجاب. وقال ابن القاسم: إن كانت حاملاً فلها السكنى إن أعتقها، وإن لم تكن حاملاً فلا سكنى لها. هكذا حكى اللخمي).

وفي منح الجليل: ٤/ ٣٤٣ نقل الشيخ عليش هذا الموضع وقال: (... اللخمي اختلف في أم الولد يموت عنها سيدها أو يعتقها هل لها السكنى ابن القاسم في المدونة لها السكنى وفي كتاب محمد لا سكنى لها ولا عليها وروى أشهب ذلك لها وعليها من غير إيجاب وذلك أرى أصبغ أنه رأى ذلك لها وعليه نقله أبو الحسن).

فالراجح أنه عني (أشد) لا أسد.

ويكون كلام النوادر والزيادات فيه تصحيف حيث نسب لأصبغ أنه وافق أشهب وأسد وهذا الكلام لا يؤيده ما نقلناه سابقا، بل وعلى فروق النسخ نرى أن الإمام اللخمي نسب إلى أصبغ قول أشهب فقط، مع تشدده في الإيجاب الذي لم يره (الإيجاب) أشهب، أو جعل على قوله(أسد) بالسين المهملة، نرى أصبغ سدد وصوب قول أصبغ، وهذا لم ينقله الشيخ خليل ولا الشيخ عليش في أي من كتابيهما؛ لذا قدمنا نسخة (أشد).

(٢) قوله: (وكان رأي أصبغ أشدَّ؛ يرى ذلك عليها) في (ش١): (وذلك رأي أصبغ أنه رأى ذلك لها وعليها).

(٣) قوله: (لها) ساقط من (ش١).

وأرى أن الحامل وغيرها سواء، وأن يكون[١] ذلك عليها في الوفاة[٢] للاختلاف هل تعتد عدة[٣] الوفاة أربعة أشهر وعشراً، أو ثلاث حيض، وهو في العتق[٤] أخف؟.

---

(١) قوله: (يكون) ساقط من (ش١).

(٢) قوله: (في الوفاة) ساقط من (ش١).

(٣) قوله: (عدة) في (ب): (في).

(٤) قوله: (وهو في العتق) في (ح): (وهي في العدة أخف).



باب
فيمن سافر بزوجته ثم طلقها أو سافرت دونه



سفر الرجل بزوجته على أربعة أوجه:

فإما أن يكون لحاجة له[(١)] ثم يعود، وإما أن يكون لحاجة لها، أو على وجه الانتقال، أو الحج.

فإن خرج لتجارة أو لحاجة ثم يعود، أو لغزو، أو ما أشبه ذلك ولم يبعد عن وطنه، أو بعُد وكانت إن رجعت أدركت من العدة ما له قَدْرٌ كان عليها أن ترجع، وإن كانت تنقضي العدة[(٢)] قبل وصولها، أو يبقى ما لا قدر له؛ لم ترجع واعتدت في موضعها إن كانت في مستعتب، أو تنتقل إلى أقرب المواضع إليها[(٣)].

وإن كانت في غير مستعتب أو[(٤)] لا مستعتب دون الموضع الذي خرجت إليه[(٥)] فيكون لها[(٦)] أن تبلغه، وإن كان انقضاء العدة قبله، فإذا كان الحكم أن ترجع إلى الموضع الذي خرجت منه[(٧)] وهو مسيرة يوم وليلة لم ترجع إلا مع ولي أو جماعة ناس، ولا بأس بحالهم، وإلا أقامت في موضعها حتى تجد[(٨)]،

(١) قوله: (له) ساقط من (ح).

(٢) قوله: (العدة) ساقط من (ح).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٤٥.

(٤) قوله: (أو) في (ح) و(ش١): (و).

(٥) قوله: (إليه) ساقط من (ش١).

(٦) في (ش١): (له).

(٧) قوله: (قبله، فإذا كان الحكم أن ترجع إلى الموضع الذي خرجت منه) ساقط من (ش١).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٤٦.

وإن لم تكن في مستعتب تمادت مع الرفقة التي هي فيها، فإن بلغت مستعتباً أقامت إن كانت ترجو من يأتي فترجع معهم قبل انقضاء العدة وإلا تمادت[١].

وقال مالك[٢] في كتاب محمد فيمن خرج إلى المَصِّيصَة بعياله ليقيم الأشهر أو السنة أن امرأته تعتد بها، قال[٣]: والأول من قول مالك أحب إلينا[٤].

فرأى مرة أن لطول الإقامة تأثيراً، وهذا أحسن، والسنة وما قاربها انقطاع عن الأول، ولا تخرج عن مسكن هي فيه مقيمة هذه المدة، وترجع لتعتد في غيره[٥].

ولو كان لرجل داران وسُكْنَاه بإحداهما فانتقل إلى الأخرى؛ ليقيم فيها سنة أو ما قاربها فمات في التي انتقل إليها لاعتدت زوجته بها، وسواء كان موته في أول سكناه أو في آخره.

وإن خرج من بلده على وجه الانتقال ثم مات بالطريق لم يكن عليها أن ترجع إلى الأول؛ لأن الميت رفضه، ولها أن تعتد بموضع مات فيه إن مات في

(ب) ٢٨٣/أ

(١) قوله: (وإلا تمادت) زيادة من (ح).

(٢) قوله: (مالك) ساقط من (ح) و(ش١).

(٣) قوله: (قال) ساقط من (ش١).

(٤) يعني قوله في المدونة: ٢/ ٤٤: (سألت مالكا غير مرة عن المرأة يخرج بها زوجها إلى السواحل من الفسطاط يرابط بها ومن نيته أن يقيم بها خمسة أشهر أو ستة، ثم يريد أن يرجع أو يخرج إلى الريف أيام الحصاد، وهو يريد الرجوع إذا فرغ ولم يكن خروجه إلى الموضع خروج انقطاع للسكنى،... إن مات رجعت إلى مسكنها حيث كانت تسكن في هذا كله، ولا تقيم حيث توفي).

(٥) في (ش١): (غيرها).

مستعتب/ أو تنتقل إلى غيره[١] إذا كان مأموناً ولا تبعد[٢]؛ لأنها وإن كانت لم تتعين عليها العدة في مسكن فإنه لا يسقط أن تكون مخاطبة بها تخاطب به المعتدة من أنها[٣] مأخوذة بالتحفظ، وألا تبيت عن المسكن الذي تكون فيه، فإذا كان ذلك لم يكن لها أن تجعل عدتها في أسفار ومناهل وقفار، فإن مات الزوج بعد وصوله البلد الذي أراد سكناه ثم مات قبل أن يتخذ فيه مسكناً كانت الزوجة كالتي لا سكنى لها، وكانت بالخيار بين أن تعتد بالمسكن الذي مات فيه أو بغيره من تلك المدينة أو بغيرها إذا كان قريباً[٤].

ولو اكترى منزلاً فلم ينتقل إليه حتى مات كانت بالخيار أيضاً حسبما تقدم لو لم يكتر، فإن انتقل إليه تعين عليها حينئذ العدة فيه[٥].

فصل

[في سكنى زوج المحرم بالحج]

وإن كان سفره في سفر الحج[٦] فمات بعد أن أحرمت تمادت، وسواء كان موته قريباً من بلده أو هو به لم يخرج بعد ذلك، وكذلك إن لم تحرم وكانت أبعدت فإنها تتمادى.

قال مالك: وإن لم تحرم ولم تبعد رجعت[٧] ولم يجعل الحج على الفور،

---

(١) قوله: (لأن الميت رفضه، ولها أن تعتد... أو تنتقل إلى غيره) بياض في (ش١).

(٢) قوله: (تبعد) في (ح): (يبعد).

(٣) في (ش١): (أنهما).

(٤) انظر: المدونة: ٢/ ٤٦.

(٥) قوله: (فيه) ساقط من (ح).

(٦) في (ب): (سفره في سفرٍ لحج)، وفي (ش١): (سفره في سفر بحج).

(٧) انظر: المدونة: ٢/ ٤٧، والنوادر والزيادات: ٥/ ٤٥.

وعلى قولهم[١] إن الحج على الفور يكون عليها أن تنفذ لما[٢] خرجت إليه، وإن لم تكن أبعدت عن بلدها، وكذلك لو لم تكن خرجت لكان عليها أن تخرج[٣].

وقد روي عن عائشة ﵂[٤] وابن عباس[٥] والحسن البصري[٦] وأحمد وإسحاق أن للمعتدة أن تحج في عدتها من الطلاق.

---

(١) في (ح): (قوله).

(٢) في (ش١): (بها).

(٣) انظر: المدونة: ٢/ ٤٤، ٤٥. وفيها سئل مالك عن: «الرجل يخرج إلى الحج فيموت في الطريق، قال: إن كان موته قريباً من بلده ليس عليها في الرجوع كبير مؤنة رجعت، وإن كان قد بعدت وتباعد فلتنفذ، فإذا رجعت إلى منزلها فلتعتد بقية عدتها فيه».

(٤) انظر: مصنف عبد الرزاق: ٧/ ٢٩، وفيه (أن عائشة حجت أو أعتمرت بأختها بنت أبي بكر في عدتها وقتل عنها طلحة بن عبيد الله) (عن عروة قال خرجت عائشة بأختها أم كلثوم حين قتل عنها طلحة بن عبيد الله إلى مكة في عمرة قال عروة كانت عائشة تفتي المتوفى عنها زوجها بالخروج في عدتها).

(٥) قوله: (وابن عباس) ساقط من (ش١).

(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة: ٤/ ١٥٤.




باب
في نفقة المعتدة من طلاق أو وفاة

النفقةُ تجبُ للمعتدة من الطلاق في موضعين: في الطلاق الرجعي[(١)]، وفي البائن إذا كانت حاملاً، وإن كان الطلاق بائناً واحدة بخلع، أو الثلاث، أو واحدة هي آخر طلقة؛ لم يكن لها نفقة، فوجبت النفقة في الطلاق الرجعي[(٢)]؛ لأن العصمة لم تنقطع لبقاء المواريث وللرجعة[(٣)]، ولأن أختها محرمة عليه، والخامسة لأن الرجعة لما كانت بيده أشبه من هو ممكن من الوطء.

وقال ابن المنذر: أجمع مَن أحفظ عنه من علماء الأمصار أن للمعتدة التي تُملك[(٤)] رجعتها: السكنى والنفقة[(٥)]، إذْ أحكامها أحكام الأزواج في عامة أمورها.

ووجبت النفقة للحامل لقول الله ﷻ: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] فلم يجعل لها مع عدم الحمل إلا السكنى، وإذا كان الحمل من غير الزوج لأنه من زنا، ونفاه[(٦)] بلعان، أو كانت[(٧)] نعي لها زوجها فتزوجت، فقدم الأول وهي حامل من الثاني فطلقها ثلاثاً -لم يكن عليه نفقة، ويصح سقوط النفقة مع بقاء الزوجية، ومع كون الطلاق رجعياً،

---

(١) انظر: المدونة: ٢/ ٤٨، والتفريع: ٢/ ٦٠.

(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٤٨، والإشراف على نكت مسائل الخلاف: ٢/ ٧٩٥.

(٣) في (ش١): (والرجعة).

(٤) في (ب) و(ح): (يملك).

(٥) انظر: الإجماع، لابن المنذر، ص ١٢١.

(٦) في (ح): (أو بقاء)، وفي (ش١): (أو نفاه).

(٧) قوله: (كانت) ساقط من (ش١).

فإن قدم الأول ولم يطلق أو طلق واحدة وكانت له الرجعة وهي حامل من الثاني؛ فإنه يحال بينها وبين الزوجين حتى تضع، ونفقة الحمل على الثاني، فسقطت النفقة عن الأول لكون الحمل من غيره[١]، وثبتت على الثاني؛ لأن نفقة الحمل ليس من شرطها بقاء[٢] العصمة؛ لأن نفقة المطلقة ثلاثاً ساقطة لسقوط العصمة، فإن كان منه حمل أنفق لأجله[٣]، وكذلك إذا كانت غير حامل وفسخ نكاح[٤] الثاني لم يكن على الأول نفقة، وإن لم يطلقها[٥] لأنها فعلت فعلاً[٦] منعت به نفسها.

فصل

[في النفقة التي تجب للحامل]

النفقة تجب للحامل[٧] على زوجها إذا كانا حُرَّين، فإن كان عبداً وهي حرة لم تلزمه نفقة الحمل في الطلاق البائن، وكذلك لو كانت أمة والزوج حر[٨]؛ لأن الولد ملك لسيد الأمة؛ فلا يلزمه أن ينفق على ملك غيره، وإن أعتق السيد الأمة لزمته النفقة[٩]؛ لأن الحمل عُتِقَ بعتق أمه.

---

(١) قوله: (من غيره) يقابله في (ب): (لغيره).

(٢) في (ش١): (إبقاء).

(٣) في (ش١): (من أجله).

(٤) قوله: (نكاح) زيادة من (ش١).

(٥) قوله: (يطلقها) في (ح): (يطلق).

(٦) قوله: (وإن لم يطلقها لأنها فعلت فعلاً) في (ش١): (وإن لم يطلق؛ لأنها فعلت ما).

(٧) قوله: (النفقة تجب للحامل) في (ش١): (للحامل النفقة).

(٨) انظر: المدونة: ٢/ ٥٠.

(٩) انظر: المدونة: ٢/ ٥٥.

ويختلف إذا أعتق[١] الحمل وحده، فعلى القول إنه لا يكون عتيقاً إلا بالوضع تبقى[٢] النفقة على السيد وعلى القول إنه حرٌّ الآن، وفيه الغرة إن طرح تكون النفقة على الأب.

فأرى أن يرفع ذلك إلى حاكم من أهل الاجتهاد، فبأي القولين[٣] حكم كان الأمر في النفقة على ما حكم به[٤].

---

(١) قوله: (أعتق) في (ح): (عتق).

(٢) قوله: (تبقى) في (ح): (لبقاء).

(٣) قوله: (القولين) في (ح): (الأمرين).

(٤) قوله: (به) زيادة من (ح)، وفي (ش١): (وفيه).



باب
في[1] سكنى المرتدة والنفقة عليها إن كانت حاملاً

وإذا ارتدت الزوجة وهي حامل أُخِّرَ قتلها لمكان الحمل، والنفقة على زوجها حتى تضع، وإن كانت غير حامل وهي في أول دمها، وقال الزوج: حاضت قبل ذلك ولم أصبها؛ استتيبت بثلاثة أيام[2]، فإن لم تتب[3] وإلا[4] قتلت، وإن قال الزوج: لم تحض بعد أن أصبتها وأشكل أمرها هل هي حامل أم لا؟ كان من حق الزوج أن تؤخَّر حتى تحيض أو يمر لها ثلاثة أشهر / من يوم أصاب، فإن لم يظهر حمل قتلت، وهذا لحق الزوج في الماء الذي له فيها، فإن أسقط حقه في ذلك ولم يمض لإصابته أربعون يوماً قُتلت ولم تؤخر؛ لأن الماء حينئذ لم يخلق منه ولد، وإن مضى أربعون يوماً لم يعجل برجمها؛ لإمكان أن يكون الولد قد صار عَلَقة؛ فلا يجوز قتلها حينئذ، كما لا يجوز للأم أن تشرب ما يسقطه.

(ب) ٢٨٣/ب

ولو زنت ولا زوج لها؛ رجمت إذا لم يمض لها أربعون يوماً ولم تؤخر، وإن مضى لها أربعون يوماً أُخِّرت حتى ينظر أمرها، وإذا أخرت الزوجة لينظر هل بها حمل أم لا[5] لم يكن على الزوج في ذلك نفقة عند ابن القاسم؛ لأن ارتدادها طلقة بائنة، ولا عند أشهب وعبد الملك، وإن كانا يريان أن الطلاق مترقب، فإن أسلمت كانت على الزوجية من غير طلاق؛ لأنها فعلت فعلاً منعت به

(١) قوله: (في) ساقط من (ش١).
(٢) انظر: المدونة: ٢/ ٥٥.
(٣) قوله: (فإن لم تتب) في (ش١): (فإن تابت).
(٤) قوله: (وإلا) ساقط من (ح).
(٥) قوله: (أم لا) زيادة من (ح).

نفسها، فإن تبين حملها[١] أنفق في المستقبل، واتبعته بالماضي وثبتت في بيتها على القول إن الارتداد طلاق، ويتحفظ بها هنالك، وعلى القول إنه فسخ أو إنه ترقب[٢]، فإن رجعت[٣] إلى الإسلام كانت على الزوجية؛ فيستحب نقلها إلى موضع تعتد[٤] فيه.

فصل
[في سكنى امرأة العنين]

وقال ابن القاسم[٥] في زوجة العنين إذا لم يستطع الإصابة ففرق السلطان بينهما: عليها العِدَّةُ، ولها السكنى حيث كانت معه، ولا نفقة لها[٦]، فأُثبت العدة للخلوة والسكنى، ولإمكان أن يكون وصل من مائه إليها، وتسقط النفقة؛ لأن الطلاق بائن ليس برجعي لإقرارهما[٧] أنه طلاق[٨] قبل الدخول، فإن ظهر حمل واعترف به الزوج لحق به؛ لأن البكر يصح منها الحمل بما[٩] يصل من الماء إذا كان الإنزال في موضع يصل منه، وترجع عليه بالنفقة، وإن أنكره وادعت[١٠] أنه منه تلاعنا، وسقط نسبه، وإن نكل لحق به الولد وأتبعته

---

(١) قوله: (حملها) في (ش١): (حمل).

(٢) قوله: (ترقب) في (ش١): (مترقب).

(٣) قوله: (رجعت) في (ش١): (رجع).

(٤) قوله: (تعتد) في (ش١): (فتعتد).

(٥) قوله: (ابن القاسم) في (ح): (مالك).

(٦) انظر: المدونة: ٢/ ٥٥.

(٧) قوله: (لإقرارهما) في (ب): (لإقرارها).

(٨) قوله: (لإقرارها أنه طلاق) في (ح): (لإقرارهما لأنه طلق).

(٩) في (ب) و(ح): (لما).

(١٠) قوله: (وادعت) ساقط من (ش١).

بالنفقة، وإن التعنا ونكلت سقط النسب والنفقة، وجلدت حد[1] البكر؛ لأنها إنها اعترفت بوصول الماء لها[2] من خارج.

فصل
[في نفقة المعتدة من وفاتها]

ولا نفقة للمعتدة من وفاةٍ حاملاً كانت أو غير حاملٍ، ولها السكنى خاصة[3]، فسقطت النفقة قياساً على المطلقة ثلاثاً[4]؛ لأن النفقة تجب مع بقاء العصمة، والموت يرفع أحكام العصمة كما رفعت[5] الثلاث[6]، وسقطت النفقة مع وجود الحمل؛ لأنه في الحياة من باب النفقة على الولد، والموت أسقط[7] نفقة الولد عن الأب.

تم الكتاب والحمد لله حق حمده

---

(١) قوله: (حد) في (ح): (جلد).

(٢) قوله: (لها) زيادة من (ح).

(٣) انظر: التلقين: ١/ ١٣٨ والمعونة: ١/ ٦٣٦، والإشراف: ٢/ ٧٩٥و٧٩٦.

(٤) نص المدونة: (قلت: أرأيت المطلقة واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أيلزمها السكنى والنفقة في قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: السكنى تلزمه لهن كلهن فأما النفقة فلا تلزم الزوج في المبتوتة ثلاثا، كان طلاقه إياها أو صلحا إلا أن تكون حاملا فتلزمه النفقة).

(٥) قوله: (رجعت) في (ش١): (رفعته).

(٦) قوله: (الثلاث) ساقط من (ح).

(٧) قوله: (أسقط) في (ش١): (يسقط).



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة



